J. pract. 216 nf

Die

Gerichtliche Redekunst.

Von

Dr. Hermann Ortloff.

II. Teil. (Schluss).

BERLIN C., Spittelmarkt 2. 1887. NEUWIED a/Rhein.

HEUSER's VERLAG (LOUIS HEUSER).

Die
gerichtliche Redekunst.

II.

Besonderer oder praktischer Teil.

Die Parteireden vor Gericht.

Von

Dr. Hermann Ortloff.

II.

Besonderer oder praktischer Teil.

Die Parteireden vor Gericht.

Erster Abschnitt.

Der Eingang der Rede.

§ 29.

A. Zweck und Inhalt des Einganges.

Im Anschluss an die (§ 14) im dritten Abschnitt des ersten Teiles besprochenen Einteilungen der Reden ist nunmehr zu der Zusammensetzung der Parteireden überzugehen und zunächst zu deren Eingang (exordium, bestehend aus principium und proemium)*) oder der Einleitung der Rede.

1. Der Zweck des Einganges war bei den Alten ein anderer, als bei den Reden im heutigen Gerichtsverfahren. Da dort das Verfahren mit den Parteireden begann und aus diesen die Richter die Sach- und Rechtslage des Streites kennen lernten, so kam es darauf an, dass jeder Teil seine Sache dem Gericht im günstigsten Lichte darstellte und es durch Begeisterung für sich zu gewinnen verstand. Die alten Rhetoren waren darin einverstanden, dass die Gewinnung nicht blos der Aufmerksamkeit der Zuhörer, sondern auch schon der Meinung derselben für den Redner, die Aufgabe der Einleitung einer Gerichtsrede sei; jedoch zeigte Cicero**) schon, dass insoweit der Redeeingang nichts vor anderen Teilen der Rede voraus habe. Indessen schien doch, nach den bekannten Zwecken der Gerichtsrede der Alten, gerade der Eingang derselben auf eine captatio benevolentiae oder

*) Aristoteles l. c. 14—15. Anaximenes, Lampsacus l. c. c. 29. Cicero ad Herennium l. 3—7. Cicero de inventione rhetor. I. 15-18. Quintilianus l. c. IV. 1. K. S Zachariä a. a. O. S. 201-211. Wolff a. a. O. S. 32-33. Schall u. Boger a. a. O. S. 39

**) Cicero de oratore II 79: Quae enim praecepta principiorum esse voluerunt, ea in totis orationibus sunt conservanda... Est id quidem in totam orationem confundendam, nec minime in extremam. Benevolum judicem et attentum et docilem faciamus, quae sunt utilia, sed non principiis magis propria, quam reliquarum partium. Vergl. H. Blair, von K. G. Schreiter übersetzte Vorlesungen a. a. O. III. S. 57 u. Mittermaier a. a. O. S. 201.

insinuatio und die Gewinnung des Urteils von vornherein für den Parteistandpunkt des Redners, um dann ein geebnetes Feld für den Redeverlauf zu haben, der Zweck des Einganges gewesen zu sein*). Dies beruhte auf der Erfahrung, dass die ersten Eindrücke gewöhnlich die eindringlichsten und deshalb am schwersten zu beseitigen sind; wenn auch im Verlaufe der Rede und Gegenrede die Meinung zu schwanken beginnt, so ist es doch die anfänglich gewonnene Meinung, die sich wieder durchzukämpfen sucht, zumal wenn sie durch den Redefluss noch bestärkt worden ist.

In den heutigen Gerichtsreden, welche sich als Schlufsreden dem Beweisverfahren erst anschliessen**), aus dem die Richter sich das Material zur Urteilsbildung bereits zurecht gelegt haben, gilt es, dieser letzteren Gründe zu unterbreiten, aus denen das Urteil eine von dem Parteiredner befürwortete Richtung einschlagen soll. Der Eingang der Schlufsreden kann daher sachgemäfs nur die Aufgabe haben, dem Zuhörer einen allgemeinen Überblick über den Zweck und vielleicht auch den Gang der Rede zu geben, um dadurch ihm das Verständnis derselben zu erleichtern; wenigstens sind die Eigentümlichkeiten und Besonderheiten des Rechtsfalles im Voraus anzuzeigen, um das Interesse der Zuhörer von vornherein anzuregen***). Indessen werden von Gerichtsrednern auch Eingänge gebraucht, welche sich von diesem aus der Sachgemäfsheit entnommenen, allgemeinen Zweck einer Einleitung nicht bestimmen lassen, sondern nur die Spannung der Aufmerksamkeit der Zuhörer von

*) Aristoteles tadelte an seinen Vorgängern das Bestreben, in den Einleitungen ihrer Reden die Aufmerksamkeit der Zuhörer durch rhetorische Mittel besonders anregen zu wollen, weil gerade im Anfang naturgemäfs die Aufmerksamkeit noch lebendig sei; aufserdem verwirft er, dafs in den Einleitungen vieles vorgebracht werde, was ebensogut in einem anderen Redeteile seinen Platz finden könne, ganz besonders aber den Appell an die Leidenschaften und Affekte.

**) Die Reden des Schluss- und Hauptverfahrens werden hier überall vorzugsweise ins Auge gefafst, da das hier Geltende auch auf die vorbereitenden Reden, z. B. im mündlichen Zivilprozefs, zu beziehen und modifiziert zu verwenden ist.

***) Cicero de oratore II. 78: Causarum propria debent esse principia. Ex visceribus sumenda sunt. Ita et momenti aliquid afferent, cum erunt paene ex intima defensione depromta, et apparebit non modo non esse communia, nec in alias causas posse transferri sed penitus ex ea causa, quae tum agatur effloruisse.

vornherein überhaupt bezwecken und daher auch von fremdartigen, ferner gelegenen Dingen zu reden beginnen und damit die Neugierde erregen, in welchem zu erwartenden Zusammenhange und Übergange das Thema der Rede mit der Einleitung stehe*). Wird der Übergang nicht sehr geschickt bewirkt, so kann leicht der Schein des Gesuchten und Erkünstelten erregt werden, wodurch die Harmonie der Anschauung von Anfang an gestört wird.

Als rhetorische Regel mag daher mit Recht gelten**), dafs der Inhalt der Einleitung in inniger Verwandtschaft mit dem Gegenstand und Zwecke der Rede stehe und den Zuhörer auf diesen nicht allein vorbereite, sondern auch dessen lebhafte Teilnahme an demselben rege mache, dagegen nichts enthalte, was dem Verlaufe der Rede irgendwie widerspreche. Für den Inhalt und die Ausdehnung des Eingangs ist nicht nur die Beschaffenheit der Streitsache und die Art des Gerichts, vor welchem der Rechtsfall behandelt wird, bestimmend, sondern davon hängt es auch ab, ob überhaupt eine Einleitung der Rede angemessen erscheine oder ganz wegzulassen sei. In vielen einfachen und geringeren Rechtssachen wird die Parteirede selbst nur eine kurze sein und dann empfiehlt es sich, gleich medias in res, auf die Streitfrage selbst einzugehen — ohne allen Eingang —, so namentlich bei den meisten Schlufsreden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nur dasjenige kürzlich zusammenfassen sollen, was in den früheren Verhandlungen zur Begründung der darin an die Spitze gestellten Parteianträge bereits mündlich vorgetragen worden war. In Kapitalfällen hingegen, wird ein Eingang im Interesse der Sache, des Redners und der Zuhörer liegen. Vor Schwurgerichten wird der Staatsanwalt gewöhnlich einen Eingang vorausschicken, wodurch auch der Verteidiger sich zu einem solchen veranlasst finden dürfte. Der Ausspruch der Geschworenen und anderer Laienrichter (Schöffen) hängt sehr oft von einer blofsen Stimmung der Gefühle und des Gemütes ab, welches in dem s. g. Totaleindruck sich sammelt.

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 68 nennt sie „paradoxe“ Einleitung.

**) Wolff a. a. O. S. 32. K. S. Zachariä a. a. O. § 101 gestattet auch, dass der Eingang von einem Nebenumstand (extrinsecus) entlehnt werde; wir werden hierauf unten zu sprechen kommen.

Daher versuchen es auch heute noch die Parteiredner, wie im Altertum, schon im Eingang ihrer Schlussreden auf die Gewinnung einer günstigen bez. Abschwächung oder Überwindung einer ungünstigen Stimmung hinzuwirken. Kunstreiche oder rhetorisch schöne Eingänge sind dagegen vor rechtsgelehrten Richtern, welche ihr Amt und ihre Pflicht stets in einer nur dem Rechte günstigen Stimmung erhält, oft wertlose Deklamationen und vermögen kaum das Interesse für die Formgewandtheit des Redners zu erwecken.

2. Der Inhalt des Eingangs soll nach der vorstehend festgestellten Aufgabe desselben sachgemäfs sich eng an den Rechtsfall anschliefsen; inwiefern auch Abweichungen von dieser Regel zulässig sind, war schon angedeutet worden. Zunächst sei die Regel, dann die Ausnahme betrachtet.

a. In langwierigen und verwickelten Rechtsfällen verlangt der Richter am Schlusse der Beweisverhandlung nach einem kurz gefafsten Überblick über den status causae et controversiae und zwar ist ihm ein solcher von beiden Teilen angenehm, da er ja das Für und Wider sorgfältig gegeneinander zu prüfen hat. Daher hat hier der Redner in seinem Eingang das Charakteristische des Falles kurz zu schildern und eine Skizze der That- und Rechtsfrage, welche er vorzutragen beabsichtigt, ohne aber schon aus der Erzählung und Argumentation etwas vorwegzunehmen, vorzutragen; dadurch bereitet er der Aufmerksamkeit und dem Interesse der Zuhörer eine oft recht erwünschte Durchsicht durch den Redeplan, welche von grossem Nutzen ist, da der Beurteiler selbst im voraus ungefähr überschlagen kann, wie die Ausführung der Disposition werden könne oder möge und wohinaus der Redner zu steuern beabsichtige. In der Anregung dieser geistigen Vor-Reflexion der Beurteiler liegt eine wesentliche Bedingung für das denkende Nachfolgen der Zuhörer, indem sie zu einer Vergleichung der von dem Redner gebrachten Gedanken mit den von ihnen selbst während der Verhandlung gewonnenen oder durch den Redeeingang erst angeregten geführt werden, welche das Interesse und auch die Aufmerksamkeit wach erhält. Gelangt im Verlauf der Rede der Redner zu den einzelnen Teilen und Unterabteilungen, dann findet der Zuhörer

sich schon durch den im Eingang gewonnenen Überblick über den Redezweck im allgemeinen orientiert und kann um so besser den einzelnen Ausführungen folgen und sie für sich verarbeiten, d. h. nicht wie ein Sklave, sondern als ein Freier, im Geiste des ganzen mit selbsteigenem Überblick*). Gelingt es, zumal bei dunkel oder zweifelhaft gebliebenen Beweisergebnissen, dem Redner, durch einen lichtvollen Überblick in seiner Einleitung, die Unsicherheit zu beseitigen und den Faden zur Herausführung aus dem Labyrinth der Ungewissheiten zu bieten, so wird der Zuhörer ihn bereitwilllg ergreifen und festhalten**).

b. Die alten Rhetoriker stellten die Regel auf, es sei, wenn der Redner befürchten müsse, bei den Zuhörern kein aufmerksames Gehör zu finden, der Eingang seiner Rede gleich mit dem Hauptbeweisgrund oder mit der Widerlegung des vom Gegner aufgestellten Hauptgrundes zu beginnen***); indessen würde diese Regel etwa für eine Replik oder Duplik im heutigen Plaidoyer, wobei ein besonderer Eingang kaum noch angewendet wird, gelten können, nicht aber für die ersten Schlussreden des Anklägers oder Klägers und des Verteidigers oder beklagtischen Anwalts. Präjudizielle Streitfragen könnten allerdings im Eingang mit abgehandelt werden; indessen werden diese im heutigen Prozess kaum bis zur Schlufsverhandlung aufgespart, sondern meist schon im Laufe des Verfahrens abgethan.

Etwas anderes dagegen ist es, wenn der Redner den Eingang dazu benutzt, sich die Bahn für seine Rede von etwa ihm entgegenstehenden Hindernissen frei zu machen. Er hat zuweilen von vornherein mit Vorurteilen****) zu kämpfen oder

*) Wie der Philosoph Schelling sich rücksichtlich der Encyklopädie ausdrückte.

**) Aristoteles l. c. III. 14.

***) Cicero ad Herenn III. 9—10: Auch neuere rhetorische Schriftsteller wollen die Anklage sofort zum Gegenstand des Einganges der Verteidigung genommen wissen, um die aus der Abfassung derselben und ihren Durchführungsmitteln hervorgebrachte nachteilige Wirkung baldigst zu beseitigen und die Bahn zur Widerlegung freier zu machen. Dieses s. g. „Hereinfallen mit der Thür in's Haus" empfiehlt sich durchaus nicht; Cicero de orat. II. 79. sagte mit Recht: Oportet ut aedibus et templis vestibula et aditus, sic causis principia pro portione verum praeponere.

****) Es sei beispielsweise hier an die noch vielfach herrschenden Vorurteile über das Duell gegenüber den strafgesetzlichen Verboten des Zweikampfes erinnert. Man denke auch an s. g. Tendenzprozefse.

Auffassungen der öffentlichen Meinung gegen sich*), auch sogar eine ihm entgegenstehende Praxis oder einzelne Rechtssprüche, gegen welche er auftreten will; oder umgekehrt, er will sein Angriffs- oder Verteidigungssystem auf solche allgemeine oder speziell juristische Auffassungen stützen, oder es kommen juristische Streitfragen mit in's Spiel — dann kann zweckmässig darüber im Eingang gesprochen und dadurch gleich die Aufmerksamkeit der Zuhörer gefesselt werden, indem in kurzen Andeutungen darauf hingewiesen wird, was in der Argumentation oder Widerlegung den Brennpunkt der Diskussion ebenso wie bei der Beurteilung des Falles bilden werde**).

c. Im § 18 war die Bedeutung des Interesses für die gerichtliche Redekunst bereits in Betrachtung gezogen und dabei auch erwähnt worden, wie vermöge philosophischer Abstraktion

*) Wie oft kommt es vor, dafs sich die Presse schon der Beurteilung von zweifelhaften Rechtsfragen bemächtigt hat, ehe der dazu Veranlassung gebende Rechtsfall zur Verhandlung gekommen ist, wodurch die öffentliche Meinung schon in einer bestimmten Richtung bearbeitet worden ist. Wer dagegen vor Gericht auftreten will, hat keine leichte Arbeit, um sich für eine unbefangene Beurteilung die Bahn zu brechen; das mag im Eingang der Rede geschehen. Vergl. Cicero's zweite Rede gegen Rullus, den Volkstribun.

**) Nehmen wir an, es läge einem deutschen Schwurgericht der Fall eines Mordversuchs an einem untauglichen Objekt, z. B. an einem totgeborenen Kind, oder mit untauglichen Mitteln, z. B. mit einem nicht scharf geladenen Gewehr, zur Aburteilung vor, welcher entgegen der früheren Rechtspraxis und auf der germanischen objektiven Rechtsauffassung fussenden Theorie, von dem Reichsgericht (Entscheidungen I. S. 451) für strafbar erkannt wird, so würde der Staatsanwalt seinen Redeeingang damit eröffnen und ausfüllen können, dass es auffallend erscheinen möge, wie der Fragefall zur Hauptverhandlung hätte gebracht werden können, da nach der gewöhnlichen Auffassung im Leben zum Begriffe der Tötung ein lebender Mensch als Gegenstand der Angriffshandlung vorausgesetzt werde, bez. das Mittel zur Tötung auch nach gewöhnlicher Berechnung geeignet gewesen sein müsse, im vorliegenden Falle sich der Angeklagte aber im Irrtum über den Gegenstand bez. die Wirksamkeit des angewendeten Mittels befunden und somit sich über die Möglichkeit des beabsichtigten Erfolgs seiner Handlung getäuscht gehabt habe, dass aber die Anklageerhebung und Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn man auch nicht der Ansicht des Reichsgerichts sein zu können vermeine, doch auf die Meinung desselben zu stützen gewesen sei, obschon sie der nur bei den Römern üblichen Auffassung entstamme, dass nämlich die That in der Vorstellung des Thäters als vollbracht dastehe, wenn auch der vom Gesetz zur Vollendung erforderte Erfolg nicht eingetreten sei. Mit diesem Eingang werden die Geschworenen gleich vorbereitet auf die Kardinalfrage, welche ihnen, als That- und Rechtsfrage zugleich, zu beantworten vorgelegt werden und um welche sich der ganze Streit zwischen dem Staatsanwalt und Verteidiger drehen und worüber auch der Vorsitzende in seiner Rechtsbelehrung sich auszusprechen haben wird, namentlich auch nach der formellen Seite hin, ob die Auffassung des obersten Gerichtshofes für das Geschworenen-Urteil mafsgebend sei oder nicht.

der einzelne Rechtsfall mit seinen Beziehungen zu den allgemeinen Lebensgebieten, des Ethischen und Sozialen, ein allgemeines Interesse erhalte und durch dessen Anregung auch die Aufmerksamkeit der Zuhörerschaft seitens des Gerichtsredners erweckt und erhalten werde. Der Nachweis eines solchen allgemeinen oder auch speziell juristischen Interesses hat, und zwar mit gutem Erfolge, in dem Eingang der Rede zu geschehen, was Cicero in seinem Werke de oratore besonders empfohlen hatte, indem hier der Redner durch Vorzeigen der allgemeinen und grofsen Gesichtspunkte von vornherein den Zuhörer für seine Rede einnehmen werde. Dagegen wurde schon von den alten Rhetorikern davor gewarnt, nicht etwa mit allgemeinen Reflexionen, welche mit dem Rechtsfall in keiner unmittelbaren Beziehung ständen, oder mit Gemeinplätzen oder allgemeinen Sentenzen (§ 22) die Rede zu eröffnen, vielmehr müsse der Eingang natürlich zu dem Gegenstand der Rede passen, sich aus ihrem ganzen Zusammenhang ergeben und so als ein notwendiger Teil der Rede erscheinen — ex visceribus causarum sumenda principia — effloruisse penitus ex re videri. Daraus ergiebt es sich auch, wie wenig die früher von Cicero befolgte Weise, Eingänge im voraus auszuarbeiten und aus einem Vorrat solcher einen passenden zu der betreffenden Rede auszuwählen, Beachtung verdient, da sicher ein Eingang, der ebensogut am Anfang einer anderen Rede stehen könnte, der Eigentümlichkeit des fraglichen Rechtsfalles erst noch angepafst werden müfste, und es dann doch empfehlenswerter ist, nach der Überschauung des Redeinhalts erst einen Eingang auszuarbeiten*).

Wie man sich bei der Bearbeitung des Einganges vor einer zu weiten Verallgemeinerung hüten mufs, ebenso andererseits vor dem Eingehen auf Hauptpunkte und Einzelheiten, welche der Ausführung angehören und sonach nicht vorweg zu nehmen sind, da-

*) Es war Cicero passiert, dafs er ein und denselben Eingang zweimal bei ganz verschiedenen Arbeiten angebracht hatte; von Attikus darauf aufmerksam gemacht, räumte er sein Versehen ein und schickte demselben einen anderen Eingang: vergl. Cicero ad Atticum L. XVI. ep. 6. Später änderte Cicero seine Auffassung und Gewohnheit, wie er selbst erzählt: Omnibus rebus consideratis, tum denique id, quod primum est dicendum, postremum soleo cogitare, quo utar exordio.

mit sie dann bei der Erörterung nicht den Reiz der Neuheit verlieren*).

d. Ausnahmsweise darf der Redner auch seine Motive zur Einleitung der Gerichtsrede von den im Prozesse thätigen Personen entnehmen.

α) Es ist gestattet, das Interesse seiner Partei oder die Verfahrungsweise der Gegenpartei zum Gegenstand der Betrachtung seiner Einleitung zu machen**). Der Redner darf zeigen, in welche eigentümliche Lage die Partei gekommen, teils ohne, teils durch ihre Schuld; der Kläger aber soll hierbei nicht, ohne schon begründet zu haben, in Angriffe auf den Verklagten verfallen, umgekekrt soll der Verteidiger seinen Klienten nicht von vornherein in ein günstiges Licht setzen, ihn, wie es die Redner der Alten liebten, anpreisen oder für seine Tugend und Unschuld selbst eintreten wollen. Invektiven wider den Gegner sind ohne voraus-

*) Alle bedeutenderen Prozefse, welche das wirtschaftliche und politische Leben betreffen, Prinzipienfragen, ungewöhnliche Erscheinungen und besondere Rechtsfragen berühren, bieten Veranlassung, in Eingängen von dem allgemeineren auszugehen, ohne gerade in aprioristische Abstraktionen zu verfallen. Solche Eingänge erscheinen nicht als Erfindungen künstlicher Rhetorik, sondern entsprechen der Natur der Sache und dem gesunden Menschenverstand. Zuweilen wird der Eingang von Staatsanwälten aus allgemeinen Gesichtspunkten zu Invektiven (§ 21 Abs. 3) benutzt, was zulässig erscheint, solange sie sich auch allgemein, gegen ein gewisses Verfahren im ganzen, halten; so z. B. eröffnete der Staatsanwalt seine Rede am Schlusse der am 16. und 17. Dezember 1885 vor der Strafkammer zu Meiningen verhandelten Anklage wegen öffentlicher Beleidigung eines nationalliberalen Reichstagskandidaten seitens des deutschfreisinnigen Wahlkomites (L.-G.-Rat Maaser u. Gen.) mit der Geisselung der während der letzten Wahlkampagne vielfach vorgekommenen persönlichen Angriffe, deren Hineinschleudern in den Wahlkampf keiner Partei zur Ehre gereiche. Auch in Schlufsreden von bürgerlichen Prozessen knüpfen die Redner gern an Kalamitäten der Spekulation an, indem sie im allgemeinen ein komerzielles Verfahren kritisieren, dessen Opfer nur in die Prozesse gezogen werden, z. B. bei Prozessen, welche aus dem Zusammenbruch von Genossenschaften, wie ungeschickt oder von unerfahrenen Vorständen geleiteten Spar- und Vorschufs-, auch Konsum- und anderen wirtschaftlichen Vereinen, entstanden sind, wodurch über ganze Ortsbezirke ein wirtschaftlicher Ruin hereingebrochen ist u. s. w.

**) Man soll sich hüten, Eingänge zu wählen, aus denen der Gegenteil für sich Kapital schlagen kann, wie z. B. aus den sog. Gemeinplätzen, wenn er mit einer geschickten Wendung eine zum Angriff gegen ihn gebrauchte Äusserung zu seinem Vorteil gebraucht, s. z. s. den Spiefs umkehrt. Quintilian sagt: Multum gratiae exordio est, quod ab actione diversae partis materiam trahit; hoc ipso, quod non compositum domi, sed ibi atque e re natum; et facilitate famam ingenii auget; et facie simplicis, sumtique ex proximo sermonis fidem quoque acquirit, adeo ut . . . videatur tota extemporalis oratio, cujus initium nihil praeparatum habuisse manifestum est.

gegangene Veranlassung und Begründung nicht gestattet; nur der Verteidiger würde sich im Eingang seiner ersten Rede oder der Duplik beschweren oder der Kläger in der Replik, nachdem er in seiner ersten Rede den Angriff begründet hatte, Rügen aussprechen dürfen, selbst schon im Eingange dieser, indem es sich hier überall um Widerlegungen und Zurückweisungen oder fortgesetzte Angriffe handelt.

β) Dafs der Redner vor Gericht das Motiv zum Eingang aus seiner Person entnimmt, kommt wohl vor*), z. B. dafs er sich wegen Übernahme eines Auftrages zur Sachführung rechtfertigen zu sollen vermeint, etwa ein Verteidiger einer hoffnungslosen oder schlechten Sache, oder ein Offizialanwalt in einer Ehescheidungssache, auch ein Staatsanwalt, gegen dessen Antrag das Hauptverfahren eröffnet worden ist u. s. w.

Dafs ein Anfänger sich der Rücksichtnahme empfiehlt, wird wohl kaum noch vorkommen, wie es sonst aus Bescheidenheit üblich war**), gewissermafsen auch zur captatio benevolentiae der Zuhörer. Man kann wohl als Verteidiger oder als Prozefsanwalt einen anerkannt gewandten oder ausgezeichneten Prozefsgegner Worte der Anerkennung seines Talentes widmen und dabei dem Bewufstsein der Schwierigkeit der übernommenen Aufgabe einen bescheidenen Ausdruck verleihen, mufs sich aber hüten, den Schein des Kokettierens mit Bescheidenheit ebenso wie umgekehrt den eines zu grofsen Selbstbewufstseins, seiner Aufgabe gewachsen zu sein***), zu erregen. In besonderen Fällen kann es aller-

*) Demosthenes hat nur in der Rede de corona von sich selbst gesprochen, dagegen Cicero fast in jeder Rede, ja sogar ganze Eingänge damit ausgefüllt. Der Redner soll aber möglichst wenig von seiner Person reden; im Staatsanwalt redet der Staat, im Verteidiger das Individuum und die Gesellschaft.

**) Vergl. die bei Wolff a. a. O. S. 422 ff. übersetzte Rede des Lord Brougham für die Königin Karoline, Gemahlin Georg IV., zweite Tochter des Herzogs von Braunschweig, welche vor dem Parlamente von Lord Liverpool des Ehebruchs mit ihrem Kammerherrn Bergami angeklagt wurde, für welche aber das Volk heftig Partei nahm. Sie gilt als eine englische Musterrede; ihr Eingang drückt die Bescheidenheit des berühmten Redners gegenüber dem Parlament, der öffentlichen Meinung und der Schwierigkeit des Falles aus.

***) Der Redner soll im Eingang ja nicht mehr versprechen, als er wirklich im Verlauf der Rede zu leisten vermag, denn die hochgespannten Erwartungen schlagen leicht, selbst ohne dafs es vielleicht der Redner verdient, in das Gegenteil um und die Täuschung der Zuhörer wirkt nachteilig für seine Sache und ihn selbst. Es gilt für den Redner, was Horatius epist ad Pison.

dings rätlich erscheinen, dafs der Redner seine persönliche Stellung zu der Sache kennzeichne, um etwaigen falschen Auffassungen entgegen zu treten, welche ein eigentümliches Licht auf seinen Charakter werfen könnten. So kann er in einer Zivilprozefssache als Vertreter einer Partei auftreten, gegen welche er in einem anderen, selbst ähnlich scheinenden, Prozefs der Parteianwalt gewesen, oder er leistet einem Angeklagten als Verteidiger Beistand, welchem er sonst in den Augen des Publikums fern steht, etwa seiner politischen Gesinnung nach, oder auch er verteidigt gerade einen Angeklagten seiner politischen Partei und ladet den Schein auf sich, er werde für diese mehr eintreten, als dafs er das seinem Klienten zukommende Recht suche; am meisten wird der Verteidiger einer in den Augen des Publikums schlechten oder verlorenen Sache gegründete Veranlassung haben, sich wegen deren Führung zu entschuldigen oder zu rechtfertigen *).

γ) Ein Motiv des Einganges von den Gerichten herleiten zu wollen, ist eine missliche Sache. Dafs sie ihre Pflicht thun und die Vermutung des gesetzmäfsigen Handelns für sich haben, liegt in ihrer Stellung; selbst den Laienrichtern mufs soviel Vertrauen geschenkt werden; sie aber zu preisen etwa wegen ihrer Unparteilichkeit oder wegen Richtigkeit früherer Rechtssprüche, welche für den Fragefall angezogen werden, kann möglicherweise als Schmeichelei ein Lächeln erregen, weil eine Gewinnung des Wohlwollens auf diesem Wege als ungeschickt erscheinen wird. Selbst die Berufung auf eine bestehende Praxis und die richterliche Konsequenz im Eingang einer Rede ist deshalb nicht am

v. 143 sagt: Non fumum ex fulgore, sed ex fumo dare lucem; derselbe soll erst nach und nach seine Stärke entfalten.

*) Vergl. Frydmann a. a. O. S. 348, wo der Eingang der von Lachaud dem Mörder Troppmann gehaltenen Verteidigungsrede angeführt ist: „Tr. hat mich gebeten, ihn zu verteidigen. Es war meine Pflicht, die Aufgabe zu übernehmen, und ich werde sie erfüllen. Diejenigen, welche die Gefühle des Advokaten nicht kennen, werden darüber erstaunen. Sie sagen, es gebe Verbrechen, welche so abscheulich seien, dafs es unmöglich sei, den Verbrecher zu verteidigen. Sie irren. In edler Entrüstung verwechseln sie die Gerechtigkeit mit dem berechtigten Zorne, mit der Rache. Sie übersehen, dafs sie hingerissen durch die leidenschaftliche Erregung, um das Verbrechen zu rächen, ein Verbrechen gegen die Gesellschaft begehen, das Gesetz opfern wollen. Nein, der Gesetzgeber hat gewollt, dafs jedem Angeklagten ein ehrenhaftes, offenes Wort der Verteidigung zur Seite stehe. Das Gesetz in seiner erhabenen Ruhe sagt, dafs die Wahrheit nicht zu Tage gefördert werden kann, wenn nicht Anklage und Verteidigung sie zugleich suchen“ (Gazette des Tribunaux 1869).

Platze, weil erst nach dem Vortrag des ganzen Rechtsfalles sich übersehen läfst, ob jene verwendbar sein werde.

δ) Ebenso bedenklich ist es, die Rede mit Rücksichten auf das Publikum und die von ihm repräsentierte öffentliche Meinung zu eröffnen; in erster Linie hat der Redner es mit dem Gericht zu thun, in zweiter erst daran zu denken, dafs er auch vor anderen Zuhörern aus der Gesellschaft rede, ohne aber direkt an diese sich wenden zu dürfen, da sie auf die zu erzielende Entscheidung nicht den mindesten Einflufs haben sollen. Der Redner mag wohl, wie oben unter b. bemerkt wurde, eine ihm entgegenstehende, allgemeiner verbreitete Meinung als unbegründet oder trügerisch zu beseitigen bemüht sein, aber er soll sich auf eine vox populi als vox dei, an deren Richtigkeit nur zu oft zu zweifeln ist, im Eingang der Rede zur Gewinnung der Richter nicht berufen, indem er damit die Unabhängigkeit der letzteren gefährden würde durch Herbeiziehung einer Beeinflussung, die den Anschein eines psychischen Druckes gewinnt, am meisten in aufgeregten Zeiten des Terrorismus, der Herrschaft der Parteileidenschaften und der schon durch die Zeit gegebene Gefährdung richterlicher Unabhängigkeit. Die s. g. öffentliche Meinung soll, wenn sie irrig ist, durch Richtersprüche korrigiert werden, oder wenn sie ihnen entspricht, sich befestigen lassen; aber nicht umgekehrt. Sollen Folgen angedeutet werden, welche eine Entscheidung des Gerichts über die bei dem Rechtsfall zunächst Beteiligten hinaus auch für andere nahestehende Gesellschaftskreise haben kann, so ist der Platz dazu nicht im Eingang, sondern am Schlufs der Rede oder schon bei der Diskussion*).

e. Als gewagt wird ein Eingang bezeichnet, welcher in gar keinem sachlichen Zusammenhang mit der Rede selbst steht (exordium ex abrupto), da dann der Übergang zu dem Redeinhalt oder Gegenstand mit einem besonderen Geschick hergestellt werden mufs, um eine Vermittelung zwischen ganz fremdartigen Dingen zu schaffen. Indessen gelingt das letztere durch einen geistvollen Gedanken einer unerwarteten und doch vorhandenen Beziehung der anscheinend fremden Dinge zu einander, so ist die angeregte Spannung auf angenehme Weise befriedigt und der

*) Vergl. Schall u. Boger a. a. O. S. 43 u. 44.

Redner hat seinen Zweck, auf eine besondere Weise die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu gewinnen, erreicht*).

§ 30.

B. Bearbeitung und Form des Eingangs.

1. Es war bereits erwähnt worden, dafs Demosthenes und auch Cicero Eingänge zu Reden ohne Rücksicht auf deren Gegenstand in Mufsestunden vorrätig ausgearbeitet und dann geeigneten Falles verwendet hätten. Es mag für die Haltung von Gerichtsreden aus dem Stegreif, zumal für die eines von Befangenheit noch nicht ganz freien Redners, vielleicht eine Erleichterung sein, von vorbereiteten, d. i. ausgearbeiteten Eingängen einen passend scheinenden zu verwenden und mit einer geschickten Übergangswendung an die Exposition anzuschliefsen, damit dann die Gedanken leichter in Flufs kommen. Indessen darf der Redner in der weiteren Rede aus dem Stegreife nicht den Abstand des memorierten Teiles von dem improvisierten merken lassen, dadurch, dafs er letzteren weniger fliefsend als den ersteren vorträgt; einen Abstand in der Elokution des Eingangs von der mittleren Rede wird man auf Rechnung der Eigentümlichkeit und des Zweckes des ersteren setzen. Wer sich vorbereiteter Eingänge bedienen will, wird selbst in der leichten, ver-

*) Cicero pro Milone I beginnt mit einer Beklagung des vorgefundenen Umstandes, dafs eine so grosse Menge Bewaffneter das Forum umringe. In den causes célèbres par Robert, 1846, wird ein Eingang einer Rede des berühmten Dupin des jüngeren (Philippe Simon), Bruder des noch berühmteren älteren, geb. 1795, mitgeteilt, welcher hier Erwähnung finden mag. Dupin vertrat die Zivilansprüche der Frau des von legitimistischen Fanatikern in Südfrankreich ermordeten Marschalls Brune vor der Assise zu Rion und eröffnete seine Rede unter Bezugnahme auf die auf dem Marktplatz zu Rion stehende Statue des Marschalls Dessaix mit dem Eingang: „Beim Eintritte in diese Stadt fielen die Blicke meiner Klientin auf das Monument, welches die Bewohner von Rion dem Marschall Dessaix errichtet haben. Sie schöpfte daraus grofse Zuversicht, denn sie sagte: Nein, in einer Stadt, wo der Mut so geehrt wird, wird der Mord eines Tapferen nicht mit Gleichgültigkeit beurteilt werden. Nicht in dieser Stadt wird man frevelhafte Wünsche für den Verbrecher hegen, welcher das Leben eines Helden vernichtet hat, unter dessen Fahnen neun Marschälle gedient haben;" s. b. Frydmann a. a. O. S. 351. Die Parallele war hier sehr geschickt gezogen, indem sie von einem zufälligen Eindruck aus einem rein äufserlichen Moment entnommen wurde. Zu der Anspielung auf die Wahrung der Gerechtigkeit für die Frau eines in Frankreich hochverdienten Mannes mochte der Redner seinen guten Grund haben, denn die Mörder Brunes sind ihrer Bestrafung richtig entgangen.

ständlichen, natürlichen und angemessenen Zusammensetzung der Redeteile geübt sein müssen und dann immer nur mit besonderer Vorsicht den vorbereiteten Eingang auszuwählen und anzupassen haben. Den noch nicht gewandten Rednern ist daher, eben weil der ungekünstelte Übergang von dem Inhalte der Einleitung zu dem der Stegreifrede schwierig ist, weniger zu empfehlen, sich vorbereiteter Eingänge zu bedienen; meistenteils wird durch besondere Ereignisse der Hauptverhandlung im Strafprozefs oder der Schlufsverhandlung im bürgerlichen Prozefs, oder durch darin vorgekommene Zwischenfälle, welche unerwartet eintraten, der Redeplan sich erst bestimmen lassen und dann der Eingang ein kurzer und leicht an einen Haupt- oder Nebenpunkt sich anschliefsender sein, jenachdem die Gewandtheit in der raschen Komposition und Elokution eine gröfsere oder geringere ist.

2. Für die Bearbeitung einer Gerichtsrede, mag sie schriftlich oder durch blofse Meditation geschehen, war von den Rhetoren die Frage aufgeworfen, ob die Einleitung vor Entwerfung des Redeplanes und der Komposition der Rede auszuarbeiten sei oder erst am Ende der ganzen Rede?*). Geht man von dem im vorigen Paragraphen als sachgemäfs bezeichneten Inhalt des Einganges aus, so mufs der Redner erst mindestens den Redeplan entworfen haben, ehe er einen Überblick über den Zweck und Gang der Rede geben kann; jedenfalls ist eine vorbereitete Rede erst fertig zu komponieren, ehe man den Eingang dazu ausarbeitet, da darin durchaus nichts stehen darf, was etwa mit später in der Rede Auszuführendem auch nur dem Scheine nach in einem Widerspruch stehen könnte. Ist der Redner vollständig mit sich im Reinen, was er und wie er es in seiner Rede ausführen will, und ist die Meditation beendet, dann beherrscht er das Material des Rechtsfalles und die Form seines Vortrages

*) Cicero de oratore II. 77: Postremum soleo cogitare, quo utar exordio, nam si quando id primum invenire volui, nullum mihi occurit nisi aut exile, aut nugatorium, aut vulgare atque commune. Blair-Schriter a. a. O. Vorlesung XXVIII. bemerkt mit Recht, dafs das umgekehrte Verfahren entweder dazu verleite, irgend einen Gemeinplatz abzuhandeln, oder anstatt der Rede den Eingang anzupassen, jene dem voraus abgefafsten Eingang anzupassen sich genötigt sehe. Ist der Geist einmal durch das Nachdenken über den Redestoff erwärmt und von Gedanken und Empfindungen daraus und dafür erfüllt, so bietet sich ihm der Inhalt eines passenden Einganges leicht und naturgamäfs von selbst.

und dann erst vermag er zu bestimmen, was er im Eingang darüber noch Besonderes sagen darf oder wie er zum dem Redestoff die passende Einleitung und Anknüpfung, wenn er von Nebensächlichen oder von fremdartigen Ausgangspunkten ausgehen will, finden mag. Es verhält sich damit wie mit der Vorrede zu einem Buch, welche man bekanntlich auch erst nach Vollendung der ganzen Arbeit verabfafst *).

Mit Recht wird von den Rhetorikern eine besondere Sorgfalt für die Ausarbeitung des Einganges, wie des Schlusses, angeraten, da es hier namentlich darauf ankommt, das Interesse und die Aufmerksamkeit der Zuhörer zu erwecken, und auf den ersten Eindruck ein besonderes Gewicht gelegt wird **). Natürlich ist die Bedeutung der Rechtssache mafsgebend; ein grofsartig angelegter Eingang würde nicht zu einer unbedeutenden Sache oder einer kurzen Rede pafsen und umgekehrt erwartet man bei einer wichtigen Sache einen gut und zweckmäfsig gearbeiteten Eingang. Gedrängt soll er aber immer sein, damit die Zuhörer nicht von vornherein schon ermüdet und abgestumpft für die weitere Rede werden; der Redner soll eher zu wenig als zu viel versprechen und allmälig die Stimmung für sich zu gewinnen suchen ***).

3. Auch die Form des Einganges (Elokution und Deklamation) soll im angemessenen Verhältnis zur Rechtssache und zu Art des Gerichts, vor welchem zu reden ist, stehen.

a. Je gröfser, allgemeiner und wichtiger die Interessen sind, welche sich an den Rechtsfall knüpfen, jemehr auf dem Spiele steht, auch, je feierlicher die Gerichtsverhandlung ist (z. B. vor

*) Wolff a. a. O. S. 33. Von diesem Gesichtspunkte ausgehend hat auch Frydmann in dem systematischen Handbuch der Verteidigung, Kap. XLIII. erst den Eingang oder die Einleitung nach den übrigen Redeteilen abgehandelt.

**) Die Zuhörer sind bei keinem anderen Teile der Rede zur strengen Beurteilung aufgelegter als hier, wo sie sich noch nicht im Nachdenken über den Gegenstand der Rede oder über Beweisgründe befinden, sondern den Vortrag und die Behandlungsart des Redners betrachten. Der Redner soll mit natürlicher Leichtigkeit sprechen und daher nicht zuviel Kunst der Bearbeitung des Einganges merken lassen, wie Quinstilian sagt: Ut videamur accurate non callide dicere.

***) Vergl. die Rede des Antonius in Shakspeares Julius Cäsar. H. Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 62. Quintilianus l. c.: Modus autem principii pro causa, nam brevius simplices, longius perplexae suspectaeque desiderant. Die Eingänge zu den Reden des Demosthenes sind kurz und einfach, dagegen die zu Ciceros Reden fast immer umständlicher und künstlicher.

Schwurgerichten) und je gröſser und ansehnlicher das Auditorium, desto mehr darf die Elokution gewählt und gehoben sein, indem dadurch auch das Ansehen und die Würde der Verhandlung gewahrt erscheint*). In gegenteiligen Fällen beschränkt sich die Einleitung auf eine einfache, ruhig gehaltene, aber immerhin würdevolle Ausdrucksweise. Die Eingänge zu einer Replik oder Duplik, zu deren Meditation, weil sie meist aus dem Stegreif zu entwerfen sind, wenn man sie für sichere Eventualitäten nicht schon vorbereiten konnte, werden an sich schon kürzer ausfallen, allein die Ausdrucksweise flieſst hier von selbst aus der Stimmung des Redners, welche durch den Widerspruch des Gegners angefacht und gehobener geworden ist; freilich wird der Redner dabei nicht die Herrschaft über sich verlieren dürfen, die sich gerade bei dem Anfang der Erwiderung bethätigen muſs. Ein maſsvolles Auftreten, welches eine moralische Überlegenheit erkennen läſst, macht stets einen günstigen Eindruck, der auch auf den Redner selbst ermutigend zurückwirkt**).

b. Die Aktion (Deklamation und Mimik) im Eingang der Rede soll regelmäſsig noch gemessen und ruhig sein, aber markig und vertrauensvoll mit Bescheidenheit; von der Geberdensprache soll hier kaum noch Gebrauch gemacht werden. Der anzuschlagende Ton ist mäſsig laut, doch deutlich vernehmbar und in tieferer Lage zu nehmen, um im weiteren Verlauf sich mehr

*) Das Exordium soll nach Quintilian a. a. O. nicht gesucht, aber auch nicht vulgare, magnis saepe oratoribus non evitatum sein und Cicero a. a. O. empfiehlt: gravitatis plurimum debet habere; splendoris et festivitatis et concinnitudinis minimum; propterea quod ex his suspicio quaedam apparitionis atque artificiosae diligentiae nascitur. Eingänge wie der zur ersten Rede Ciceros gegen Catilinam dürften heutigen Tages nicht mehr angemessen erscheinen; höchstens würde ein Staatsanwalt zu einem ähnlichen Eingang sich zu versteigen sich verleiten lassen können — auf die Gefahr hin, als Nachahmer jenes hohen Pathos zu erscheinen. Die höchste Kunst eines Redners zeigt sich in der Art, wie er gleich Anfangs den Hauptton, in welchem die übrige Rede gehalten werden soll, dem Zuhörer erkennbar macht und diesen gewissermaſsen in die demselben entsprechende Stimmung hineinspielt; vergl. Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 70.

**) Blair-Schreiter a. a. O. S. 65 empfiehlt besonders Bescheidenheit in Gedanken und Ausdrücken, im ganzen Wesen des Redners, in seinen Blicken, Geberden, Ton der Stimmen — gerade im Eingang, doch solle der Redner nächst den seinen Zuhörern schuldigen Achtung und Ergebenheit auch ein gewisses Gefühl von Würde zeigen, welches aus der Überzeugung der Gerechtigkeit oder der Wichtigkeit des Gegenstandes, worüber er zu sprechen habe, entspringe.

heben und stärker werden zu können. Man mufs nur vor Augen behalten, wohin man bei fortschreitender Steigerung bis zum Schlufs durch die Diskussion hindurch noch gelangen will und soll. Von einem Schwung (Pathos) soll im Eingang noch wenig oder gar nichts zu merken sein. Lebendiger und wärmer, aber ohne dafs der Redner sich erhitze oder in der Deklamation vom Eifer fortreifsen lasse, dürfen die Eingänge zur Replik und Duplik vorgetragen werden, ganz im Einklang mit der unter a. besprochenen Elokution. Im übrigen mag auf die in §§ 27 und 28 vorgetragenen rhetorischen Regeln über die Aktion i. w. S. verwiesen werden.

Zweiter Abschnitt.

Die Erzählung des Rechtsfalles.

§ 31.

A. Bedeutung, Inhalt und Eigenschaften derselben.

Die Beurteilung eines Rechtsfalles besteht in der Würdigung seiner thatsächlichen und rechtlichen Bestandteile, in der Beantwortung der That- und Rechtsfragen, in der Feststellung des Obersatzes und des Untersatzes der das Urteil ausmachenden Schlufsfolgerung. Jeder Rechtsfall hat seinen Thatbestand oder den Inbegriff derjenigen geschichtlichen Vorgänge, welche im allgemeinen (in thesi) vom Gesetz, das zur Anwendung kommen soll, vorausgesetzt worden sind.

Die von den Parteien in den Zivilprozefsverhandlungen vorzunehmenden und von dem Vorsitzenden dort zu leitenden, in der Hauptverhandlung vor dem Strafgerichte von dem Vorsitzenden zu führenden und von den Parteien zu unterstützenden Entwickelungen und Darstellungen der Thatbestände bilden die Unterlage für die richterliche Beurteilung und deshalb auch für die Schlufsreden der Parteien, sowie für die mündliche Urteilsbegründung durch den Vorsitzenden, so auch für das schriftlich auszuarbeitende Urteil. Während in anderen als Gerichtsreden die Auseinandersetzung des Gegenstandes (Thema) der Rede, s. g. Exposition, eine allgemeine zu beweisende Wahrheit oder sonst die Darlegung und Entwickelung einer Behauptung bildet, ist es hier in Rechtsfällen die Erzählung von Thatsachen

(narratio), welche den Thatbestand des Rechtsstreites ausmachen*). In § 14 Absatz 2 war bereits von der Exposition nach den Regeln der Rhetorik im allgemeinen gehandelt und im § 15 Abs. 2 dasjenige, was davon für die Geschichtserzählung in Gerichtsreden verwendbar sei und aus den Grundzügen des heutigen Prozesses für dieselbe folge, erörtert worden. Hier ist nur noch auf die Einzelheiten für den juristisch-praktischen Gebrauch näher einzugehen.

1. Die Bedeutung, welche die alten Rhetoren der narratio beilegten, indem sie dieselbe als fons omnis orationis reliquae bezeichneten (Cicero), weil darin den Richtern, welche den Rechtsfall noch nicht kannten, von beiden Teilen Kenntnis von der Sachlage in ihrem einseitigen Interesse und in parteiischer Färbung gegeben wurde**), hat heutigentags die Erzählung nicht mehr, weil das Gericht aus den Verhandlungen nicht nur die Geschichte der Rechtsverletzung, sondern auch die Beweise der sie ausmachenden Thatsachen aus möglichster Reproduktion des Vorganges selbst kennen gelernt hat und zwar in der beiderseitigen Darstellung der Prozeſsbeteiligten und aus eigener Anschauung bei der Beweiserhebung.

a. Im bürgerlichen Prozeſs erzählen die Parteien (in Person selten, regelmäſsig durch ihre Vertreter) selbst von Anfang an und im weiteren Verlauf der Verhandlungen die zur Geltendmachung ihrer Ansprüche dienlichen Thatsachen und in den mündlichen Verhandlungen hat der Richter das Fragerecht zur Aufklärung des Sachverhaltes, und bei der Beweisführung treten die rechtserheblichen Vorgänge und faktischen Verhältnisse nochmals konzentriert hervor. Hier kann sich in den Schluſsreden die Geschichtserzählung auf einen Überblick über den Verlauf des Verfahrens, wenn es sich durch mehrere Verhandlungen hindurchgezogen hat, beschränken und auf die Zusammenfassung der thatsächlichen, rechtserheblichen Behauptungen und Gegenbehaup-

*) Aristoteles l. c. III., 16. Anaximenes Lampsac. l. c. c. 30—31. Cicero ad Herenn I. 8, 9. Cicero de invent. I. 19—21. Quintilianus l. c. IV. 2.

**) Quintilianus l. c.: Narratio est utilis ad persuadendum expositio. Freilich vergaſsen die alten Rhetoren oft über diesen Zweck, daſs die Wahrheit zu erzählen sei.

tungen, des Angriffs und der Abwehr, um dem Gericht ein gedrängtes, lebendiges Bild der Vorgänge vor Augen zu stellen*), was in der Schlufsverhandlung dann eine Notwendigkeit ist, wenn in der Person eines Gerichtsbeisitzers etwa ein Wechsel stattgefunden hat gegen die vorausgegangenen Verhandlungstermine, oder auch ohne einen solchen Wechsel, wenn verwickelte Fälle vorliegen und das Prozefsmaterial umfangreich ist**). Dagegen in einfachen, besonders bei in einem einzigen Verhandlungstermin zu Ende geführten Sachen kann es bei den Wechselvorträgen der Parteien bewenden, in welchen die Geschichtserzählung für und wider sich gegenseitig ergänzt. Dafs in der Instanz der Rechtsmittel auch eine Prozefsgeschichte vorauszuschicken oder einzuflechten ist, ergiebt sich von selbst als notwendig, um das Verständnis zu erleichtern. Dem Kläger in der ersten Instanz und dem Berufungskläger oder dem Revisionskläger fällt immer der gröfsere Teil der Geschichtserzählung zu, während der Beklagte nur Ausgelassenes oder unrichtig und einseitig Dargestelltes zu ergänzen, bez. zu berichtigen und dazu das zur Widerlegung oder Entkräftung der gegnerischen Ausführung dienende thatsächliche Material noch hinzuzufügen hat; vergl. §§ 258 Abs. 2 und § 488 der deutschen Z.-P.-O.

*) In bürgerlichen (s. g. Anwalts-) Prozessen, wo die Parteien nicht selbst die Vorgänge erzählen, welche ihrem Rechtsstreit zugrunde liegen, sondern erst wieder deren Vertreter, ist selbstverständlich die Unmittelbarkeit der richterlichen Wahrnehmungen eine entferntere als im Strafprozefs, wo in der Hauptverhandlung wenigstens der Angeklagte als bezüchtigter Thäter sich selbst verantwortet und seine Handlungsweise beschreibt; daher ist die richterliche Anschauung hier mehr in der Lage, eine sichere Grundlage für die Beurteilung des Thatsächlichen zu gewinnen als im Zivilprozefs, wo die Vorstellungen der Einbildungskraft mehr angeregt werden.

**) Wenn auch ein Wechsel in den Beisitzern des Gerichts nicht vorliegt, so brauchen die früheren Richter sich des bereits früher Vorgetragenen nicht zu erinnern. Prinzipmäfsig ist die ganze Sache im neuen Termin nochmals zu verhandeln, im deutschen Zivilprozefs mit Ausnahme des durch Teil- oder Zwischenurteil abgethanen Materials, welches nur insoweit, als es zum Verständnis der Sache notwendig ist, erwähnt werden soll. Es bedarf daher auch im Beweiserhebungstermin einer Erzählung seitens der Parteien von dem Inhalt der Vorverhandlungen, oder wenn sie nicht erschienen wären und doch die Beweiserhebung nach Lage der Sache geschehen kann (§ 332 deutsche Z.-P.-O.), wenigstens einer erzählenden Darstellung des status causae durch den Vorsitzenden zur Informierung der Beisitzer, damit sie sich mittels der Einbildungskraft eine Vorstellung von den fraglichen Thatsachen schaffen.

b. Im Strafverfahren wird der Redner in den meisten Fällen sich der Erzählung entschlagen können und gleich, wenn er einen Eingang auch für überflüſsig erachtet, mit der propositio oder tractatio der Streitfrage beginnen, dann die probatio, entweder damit kombinieren oder abgesondert bringen und mit der conclusio abschlieſsen, so dass nur drei Redeteile hervortreten. Denn die Hauptverhandlung zur Sache beginnt, wo die Vorlesung der Anklage oder der einleitende Vortrag des Anklägers nicht mehr üblich ist, wie früher, mit der Vorlesung des das Hauptverfahren eröffnenden Gerichtsbeschlusses, in welchem aus der Anklage bez. aus den Akten des Verfahrens regelmäſsig, sofern diese nicht erst auf Grund jenes erhoben werden muſste*), der Thatbestand des fr. Delikts in Parallele mit dem gesetzlichen knapp aufgeführt wird. An der Hand dieses Beschlusses durch dessen Vorlesung die Gerichtsbeisitzer einen einleitenden Überblick über den Strafrechtsfall erhalten, sowie unter Benutzung der Anklage, welche die einzelnen Thatsachen passend oder öfter auch weniger geschickt zusammengestellt hat, sowie auch auf Grund der zur Vergleichung notwendigen Akten des Vorverfahrens, erhebt der Vorsitzende den Beweis durch Vernehmung des Angeklagten und Vorführung der beantragten und sonstigen Beweismittel, sodaſs sich dem Gericht ein Geschichtsbild der die Strafthat ausmachenden Vorgänge, das nach und nach sich ihm aus der Verhandlung entwickelt hatte, nun in ein geordnetes Ganze zusammensetzt. Daſs die hier vorgenommene Rekonstruktion der Strafthat der Wirklichkeit möglichst entspreche, ist die Aufgabe einer geschickten Leitung des Vorsitzenden und der ihn darin unterstützenden Mitwirkung der Parteien**). Wird diese Aufgabe entweder durch schwierige Verkettung der Umstände, durch Verwickelungen und die Mehrheit von Delikten und an denselben Beteiligten, oder durch eine unklare und ungeschickte Anordnung der Beweisvorführung unvollkommen gelöst, so daſs eine Durchsichtigkeit der einzelnen Vorgänge der That nicht gewonnen wurde, dann ist eine gute Geschichtserzählung notwendig und oft das einzige Rettungsmittel, um in eine verfahrene Beweisvorfüh-

*) Deutsche St.-P.-O. §§ 205, 206.
**) Vergl. in § 1. die Einleitung.

rung Licht zu bringen. Namentlich Laienrichter werden in solchen Fällen dem Redner im Stillen dankbar sein, wenn er ihnen das verworren empfangene Material sichtet und unter leitenden Gesichtspunkten in einem geordneten Bilde vorstellt; denn ihnen, wie auch den rechtsgelehrten Richtern, bleiben bei der Urteilsberatung die Akten verschlossen, soweit nicht ein einzelner Teil daraus in der Hauptverhandlung zum Vortrag gebracht worden ist — als Konsequenz des Grundsatzes der Unmittelbarkeit und ihrer spezifischen Form, der Mündlichkeit.

Dem Ankläger fällt daher am meisten und zunächst die Aufgabe der Erzählung in seiner ersten Schlufsrede zu und der Prozefsgegner hat auch hier besonders darauf zu achten, wie auch der Vorsitzende, dafs diese Erzählung getreu dem Verlaufe der Hauptverhandlung, nicht einseitig und auch vollständig sei. Entspricht sie diesen Anforderungen, so ist der Verteidiger einer besonderen Erzählung überhoben, wenn aber nicht, so hat er um somehr die Pflicht, die Erzählung zu berichtigen und zu vervollständigen, wenn nötig unter Anrufung des Vorsitzenden zur Bestätigung der Mängel der klägerischen Erzählung. Die Unterlassung derartiger Berichtigungen und Ergänzungen kann für den Angeklagten von weittragenden Folgen sein, da das Gericht ohne Widerspruch des Angeklagten leicht der Meinung werden könnte, dafs er der Darstellung des Anklägers nichts entgegenzuhalten habe, sie einräume und damit die Sache selbst als richtig angesehen lassen wolle, folgends insoweit, als etwa gar aus Übersehen unterlassen würde, einer Schlufsfolgerung daraus zu widersprechen. Würde ein solcher Widerspruch indessen erhoben ohne vorausgehende Berichtigung oder Vervollständigung der Erzählung des Anklägers, oder ohne eine Gegenerzählung, dann würden besonders Laienrichter, die überhaupt angesichts der bevorzugten Stellung der Staatsanwaltschaft geneigt sind, der Darstellung von dieser Seite als einer behördlichen mehr Glauben beizumessen als dem Angeklagten und seinem Verteidiger, nicht recht verstehen können, wie auf der einen Seite die thatsächliche Darstellung des Anklägers widerspruchslos hingenommen wurde, auf der andern aber gegen die Folgerung daraus ein Einwand vorgetragen werden konnte.

Wir kommen hiernach zu dem Schlufs, dafs überall da, wo eine Erzählung aus den vorstehenden Gründen nicht zwar notwendig erscheint, eine solche dann wenigstens förderlich für die Begründung und die Gewinnung der richterlichen Überzeugung sein mag, wo die Klarstellung der thatsächlichen Unterlagen noch in etwas mangelhaft ist; denn von einer auch oft unscheinbaren Abweichung in einer faktischen Voraussetzung hängt bei den feinen, zuweilen höchst subtilen juristischen Unterscheidungen, wie sie keine andere Wissenschaft als die Rechtswissenschaft aufzuweisen hat, nicht selten ungeahnt, viel für die Richtung einer Entscheidung ab. Dazu kommt stets der Vorteil, dafs der Richter, wenn er den Vorfall von beiden Teilen vorgetragen erhält, am besten die Richtigkeit seiner aus der Verhandlung geschöpften Auffassung nachprüfen kann; denn für ihn ist nichts empfindlicher, als sich sagen lassen zu müssen, er sei von thatsächlichen Irrtümern beherrscht gewesen, während es in seiner Hand gelegen, diese aufzuklären.

2. Aus dem alltäglichen Leben, mehr aber aus den Erzeugnissen der Geschichtsschreibung, wissen wir, dafs es eine Kunst ist, gut zu erzählen*), die oft durch eine günstige Naturanlage, lebhaft, frisch, natürlich und anziehend darzustellen, gefördert wird. So auch ist eine gute, d. h. dem Zwecke der Gerichtsrede entsprechende Erzählung nicht ohne Übung in der Kunst darin zu beschaffen. Die hauptsächlichsten Eigenschaften und Voraussetzungen einer guten Geschichtserzählung, wo eine solche notwendig oder wenigstens förderlich erscheint, sind folgende**).

a. Wenn von der Erzählung als erste Bedingung, Wahrhaftigkeit oder Wahrscheinlichkeit verlangt wurde, so war es im Altertum damit nicht so ernst gemeint***); denn es kam den

*) Ein Beispiel einer geschickt angelegten Erzählung, woraus man schon eine Überzeugung zu gewinnen vermochte, giebt die Rede des Verteidigers Holthof in dem s. g. Schatullenprozefs (Düsseldorf, Stahl'sche Buchhandlung 1846).

**) Quintilian a. a. O. verlangt von der Erzählung, dafs sie sei: brevis, aperta et verisimilis, quo judex facilius intelligat, meminerit, credat.

***) Cicero de oratore II. 15 betont dagegen die Pflicht der Wahrhaftigkeit: Nam quis nescit primam esse historiae legem, ne quid falsi dicere audeat, deinde ne quid veri non audeat. Der Verteidiger hat sorgfältig zu erwägen, was er sagen mufs und was er nicht zu sagen braucht; s. Frydmann a. a. O. S. 307.

Rednern dort in ihrer Geschichtserzählung, worin sie den Gerichten erst Kenntnis von den Thatsachen des Rechtsfalles gaben, nur darauf an, dafs sie Glauben bei den Richtern fanden, also wenigstens ihnen Wahrscheinliches auf glaubhafte Weise vorgetragen wurde, wenn es auch objektiv nicht wahr gewesen*).

Im heutigen Prozesse handelt es sich bei der Erzählung an erster Stelle, da ja die Richter in den Verhandlungen selbst die Thatsachen vorgetragen erhalten und sich aus dem Beweise zur Kenntnis gebracht haben, nur um eine getreue Wiedergabe der Thatsachen, wie sie in den Verhandlungen dargestellt worden sind. Aber der Parteiredner hat sie nicht anders wieder zu geben, als wie sie sich ihm von seinem Parteistandpunkt aus als wahr, wahrscheinlich und glaubhaft darstellen, ohne regelmäfsig dabei zu prüfen, ob sie dies auch vom gegnerischen Standpunkt aus sind, d. h. so aufgefafst werden, wie von ihm selbst**); nur mag er darauf bedacht sein, dafs er ihnen nicht eine allzu einseitige Färbung gebe, sondern dafs auch der Richter seine Auffassung teilen kann. Diesem mufs es anheim fallen, zu prüfen und festzustellen, was sich als materiell wahr ergeben habe, als historische Gewifsheit, unangesehen der relativ und formal wahren Sachlage, d. h. von den Parteien als glaubhaft dargestellten Wahrscheinlichkeit.

Die endliche Feststellung der Wahrheit erfolgt also durch das Gericht in dem s. g. Thatbestand, der dem Urteil einverleibt wird, dessen Erzählung vom Vorsitzenden, je nach Lage des Falles, in Kürze auch in seiner Urteilsverkündung zu geben

*) Quintilian a. a. O. IV. 2. lehrt ein vollständiges Lügensystem zur Rettung der Angeklagten in Strafrechtsfällen! Unter der narratio probabilis s. verisimilis wurde eine Erzählung verstanden welche, mochte sie wahrheitsgemäfs sein oder nicht, den Zuhörern nur als wahr oder wahrscheinlich erschien, wie Quintilian sagte: narratio est rei factae aut ut factae utilis ad persuadendum.

**) Richtig ist dies von Mittermaier a. a. O. S. 210 und von Frydmann a. a. O. S. 306 betont: Der Verteidiger habe die zu Gunsten des Angeklagten sprechenden und von ihm vorgebrachten Umstände bereits als feststehend anzusehen und nicht zu untersuchen, ob sie auch thatsächlich wahr seien, wenn sie überhaupt nur möglich wären; sie seien vom Standpunkte der obligatorischen Parteistellung des Anwaltes wahr, d. h. so wahrscheinlich, dafs sie den Verteidiger im Interesse der gerechten Rechtsfindung zwängen, sie im Plaidoyer als wahr anzusehen, vergl. Cicero in der Rede pro Milone, wo die That als Folge der Notwehr erzählt wird!

ist, ausführlich aber auf Grund der Parteienvorträge und oft notgedrungen auch zur Aushilfe wenigstens in bürgerlichen Prozessen aus den vorbereitenden Schriftsätzen, sofern das darin Vorgetragene nicht vom mündlichen Vortrag der Parteien abweicht; wenn auch von dem deutschen Reichsgericht, nur „ausnahmsweise“ die Schriftsätze der Festsetzung des „Thatbestandes“ mit zugrunde zu legen, gestattet wird, so kann die Praxis bei den nicht selten recht unklaren und mangelhaften Darstellungen der Anwälte und bei der Flüchtigkeit der Worte und der Vorträge, die Schriftsätze als die Grundlagen des Prozesses für die Feststellung des Thatbestandes gar nicht entbehren*).

Die Ergebnisse des Beweisverfahrens rücksichtlich der faktischen Parteivorbringen sind mithin der gegebene Stoff, mit welchem die Erzählung in Übereinstimmung zu bringen und zu erhalten ist, wenn sie der Anforderung der geschichtlichen Treue entsprechen soll; daher ist schon der Schein jeder gezwungenen Deutung oder gar Entstellung und Verdrehung auch nur etwa aus übergroſsem Eifer, vollends gar, um der Partei zum Sieg zu verhelfen, nach pflichtmäſsiger Würdigung der Aufgabe eines Parteivertreters sorgfältig zu vermeiden, denn schon bei einer Ungenauigkeit oder leichtfertigen Abweichung von jenen Ergebnissen würde der Redner sich einer faktischen Berichtigung seitens des Vorsitzenden, oder wenn die Verletzung einer richtigen Wiedergabe diesem entgangen wäre, vom Gegner, aussetzen, was ihm und seiner Sachlage leicht nachteilig werden möchte.

Nicht minder gefährlich ist das Vorbringen von Dingen, welche gar nicht in den mündlichen Verhandlungen vorgebracht worden sind und etwa nur in den Akten, z. B. in den der Staatsanwaltschaft, vergraben liegen oder in dem Wissen einer Partei**), da nach den Grundsätzen des neueren bürger-

*) S. O. Bähr a. a. O. S. 57 ff.

**) Ein Redner, der in seiner Geschichtserzählung eine Reihe von thatsächlichen Momenten aufzählen will, aus denen besondere Schlüsse zu ziehen sind, muſs schon während der Verhandlung darauf halten, daſs sie auch zur Sprache gebracht werden, um sie benutzen zu können, z. B. das Vorleben, die Lebensverhältnisse eines Angeklagten, aus denen die That sich erklären läſst, die entfernteren und näheren Veranlassungen dazu, die der That vorausgehenden Thatsachen u. s. w., die auf die Entwickelung des verbrecherischen Entschlusses von Einfluſs gewesen sind.

lichen wie des Strafprozesses derartige Vorbringen in thesi entschieden unbeachtlich und, weil sie den Versuch eines Einschmuggelns von Thatumständen für die Beurteilung enthalten, durchaus zurückzuweisen sind, was von aufmerksamen Anwälten, unter Anrufung der leitenden Gewalt des Vorsitzenden, oftmals zu geschehen pflegt*).

Eine Verletzung der Treue der Erzählung von Thatsachen, wie sie in den Verhandlungen vorgelegt worden sind, kann, wenigstens scheinbar, dann leicht vorkommen, wenn bestrittene Thatsachen erzählt werden, als seien sie in der erzählten Weise sicher anzunehmen**), daher kann dasjenige Faktum, welches unter den Parteien nicht bestritten ist, als zweifellos feststehend schlechthin in die Erzählung aufgenommen werden, etwa mit der Hinzufügung, dafs diese Thatsache wohl als eine zweiffellos feststehende, oder als unbestrittene anzunehmen sei; andernfalls wird der Erzähler, wenn er eine bestrittene oder zweifelhafte Thatsache mit aufnehmen zu sollen vermeint, hinzufügen, dafs deren Annahme aus Gründen zuläfsig sei oder nicht; oder wenn abweichende Behauptungen der Parteien sich rücksichtlich einer Thatsache gegenüberstehen, so sind beide mit einander zu vergleichen und die wahrscheinlichere ist davon in die Erzählung aufzunehmen und, ebenso ist es zu halten, wenn Thatsachen in

*) Es ist z. B. gewifs unzuläfsig, wenn ein Staatsanwalt bei einem s. g. Rückfallsdelikt, nachdem in der Hauptverhandlung die Vorbestrafungen festgestellt worden sind, aus den Vorakten, die gar nicht vorgelegt worden waren, erzählt, in welcher Weise früher der Angeklagte das fr. Delikt verübt hatte, um daraus eine Art Praxis und Gewohnheit desselben darzuthun, der gemäfs auch in dem vorliegenden Falle von dem Thäter verfahren worden sei, woraus ein Indizium (argumenti locus in § 22, Abs. 3) für den Beweis der Thäterschaft des leugnenden Angeklagten auch in diesem Falle gewonnen werden soll. Ein solches Unterschieben von Thatumständen aus der Vergangenheit zur Kenntnis der Richter im Plaidoyer ist absolut unstatthaft.

Umgekehrt würde die Erzählung von Thatsachen aus dem Vorleben des Angeklagten, welche der Verteidiger zu seinen Gunsten anzuführen vermeinte, die aber nicht in der Hauptverhandlung zur Sprache gebracht und bewiesen waren, von dem Vorsitzenden als unzuläfsig zurückzuweisen sein, denn wer bürgt hier für die Wahrheit? Gegen die Unmittelbarkeit verstöfst ein solches Vorbringen in der Schlufsrede noch mehr als das vorerwähnte, für das wenigstens in den Vorakten Anhaltepunkte wären und das sofort noch bewiesen werden könnte, wenn es verlangt würde.

**) Quintilian a. a. O. bemerkt: Effugienda in hac praecipue parte omnis callidatis suspicio; neque enim se usquam magis custodit judex, quam cum narrat orator; nihil tum videatur fictum; nihil sollicitum; ommia potius a causa, quam ab oratore, profecta videantur.

Frage stehen, die aus mehr als einem Gesichtspunkt eine Betrachtung zulassen*).

In allen diesen Fällen der geschichtlichen Unsicherheit hat der Redner ehrlich auf die Ergebnisse der Verhandlung hinzuweisen und nur mit Rücksicht und unter ausdrücklicher Erwähnung dieser oder einer Unsicherheit im Beweise der fr. Thatsache in die Erzählung einzuflechten, z. B. mit den Einschaltungen: „wie wohl als bewiesen angenommen werden darf," oder, „welche Auffassung den Vorzug verdienen dürfte," oder „in welcher Beziehung man den Angaben des Angeklagten Glauben schenken darf," oder „es liegt kein Grund zu einem berechtigten Zweifel an der Wahrheit dieser Thatsache vor" u. s. w.

Den Angaben der Parteien im Zivilprozefs wird man, da es eine praesumtio doli et mali nicht geben soll (quilibet praesumitur bonus donec probetur contrarium) im allgemeinen Glauben schenken dürfen, während den Angaben eines Angeklagten zu seinen Gunsten, nachdem aus dringenden Verdachtsgründen das Hauptverfahren gegen ihn eröffnet worden ist, oftmals wohl berechtigte Zweifel entgegengesetzt werden, da die Erfahrung lehrt, dafs Unwahrhaftigkeit ein hauptsächliches Schutzmittel der Schuldigen ist**).

*) K. S. Zachariä a. a. O. S. 208. O. Bähr a. a. O. S. 56: „Unser Recht ist ein so feiner und komplizierter Organismus, dafs oft die kleinste Verschiebung in den Thatsachen andere Rechtsfolgen nach sich zieht . . . Das Wort ist ja ein wunderbares Werkzeug des Menschengeistes, um Dinge einem anderen, der sie nicht kennt, klar zu machen. Aber dennoch ist es nur ein schwaches Werkzeug für diesen Zweck, wie uns schon daraus klar werden kann, dafs für die Erkenntnis örtlicher Verhältnisse die geringste Zeichnung meist mehr Klarheit bringt, als die ausführlichste Beschreibung. Zufolge jener Schwäche des Wortes trägt es aber die Fähigkeit in sich, die Dinge mit täuschendem Scheine unwahr darzustellen. Beide, die Stärke und die Schwäche des Wortes, benutzen nun die Parteien je nach ihren Interessen, um dem Richter eine für sie möglichst günstige Anschauung der Dinge beizubringen."

**) Die Verständigung der Beschuldigten, dafs sie sich, wenn sie nicht wollen, nicht vernehmen zu lassen, d. h. nicht auf Fragen zu antworten brauchen, hat im deutschen Strafprozefs nicht blos den guten Sinn, dafs niemand gezwungen werden solle, zu seinem Nachteil Rede und Antwort zu stehen, und jeder erwarten könne, was ihm bewiesen werde, gegen sich gelten lassen zu müssen, sondern auch die Bedeutung, dafs ein Beschuldigter, welcher von seinem Recht der Ablehnung der Verantwortung durch Vernehmlassung keinen Gebrauch machen wolle, diesen Verzicht nicht zur Verdunkelung der Sache durch geflissentliche Wahrheitsentstellung benutzen dürfe. Daher sollte auch gerade hierauf jene Verständigung ausdrücklich mit gerichtet werden.

Daraus erklärt sich auf seiten der Ankläger die landesübliche praesumtio mali und der Verdacht der Unglaubwürdigkeit der Angaben der Beschuldigten, welchem gegenüber der Verteidiger die Glaubhaftigkeit darzuthun hat, sofern jener Verdacht ihm unbegründet erscheint; letzterer wird mithin, da der Ankläger zu beweisen hat, bis dieses mit Erfolg geschehen, regelmäfsig von der Annahme ausgehen dürfen, dafs die von seinem Klienten gemachten Angaben wahr seien, solange eben sein Vertrauen in dessen Wahrhaftigkeit nicht erschüttert ist. Macht aber dieser nicht beabsichtigte Zugeständnisse wider die Wahrheit, oder beabsichtigte aus irgend welchen Beweggründen, zu seinem Nachteil, dann hat der Verteidiger die Aufgabe, deren Widerspruch mit den sonstigen Beweisergebnissen zu zeigen und das als Thatsache anzunehmen, was aus letzterem sich herausgestellt hat, denn seine Aufgabe ist es, im Interresse der bürgerlichen Gesellschaft darüber zu wachen, dafs das Thun des Einzelnen nicht nach einem ungerechten Mafse gemessen werde.

b. Das Erfordernis der Deutlichkeit: narratio sit dilucida s. aperta, wie die alten Rhetoren es bezeichneten, bedeutet die sachliche Klarheit oder Durchsichtigkeit der dargestellten Thatsachen in ihrer Zurückführung auf bestimmte Ursachen; um die Klarlegung der Kausalitäten handelt es sich vorzugsweise in Rechtsstreitigkeiten und diese wird wesentlich bedingt durch die Anordnung des Stoffes in der Erzählung, wovon im nächsten Paragraphen zu handeln ist.

c. Die Erzählung soll kurz, aber doch so vollständig sein, dafs der Richter wie das Publikum ein abgerundetes Bild des status causae erhält; darin liegt, dafs das zum Verständnis des Rechtsfalles Notwendige mindestens und das dazu Förderliche meistens in jener vorzutragen ist. Lücken darin können

Schweigen darfst Du, aber lügen sollst Du nicht! Nach der gesetzgeberischen Tendenz würdeder Antwortende mehr die Vermutung für sich haben, dafs er die Wahrheit sagen wolle; in der Praxis aber begegnet der Richter mehr der Auffassung der Beschuldigten, als wäre es ihnen gefährlich, wenn sie nicht aussagten, weil die Anschuldigung dann ohne Beantwortung als zugestanden gelten würde. Daher so selten eine Ablehnung der Antworten in der Praxis! Geständige Schuldige wollen nicht mehr auf sich nehmen, als ihnen gebührt; leugnende hoffen sich herauszureden, um weniger, als ihnen gebührt, zu erleiden, und mifsbrauchen die Vernehmlassung.

leicht Veranlassungen zu schwer wiegenden Folgerungen und im günstigeren Falle wenigstens zu Ergänzungen von der gegnerischen Seite führen, insoweit ist auf das im Eingang und unter Absatz 1 dieses Paragraphen Vorgetragene zu verweisen. Alles Überflüssige kann von dem Vorsitzenden des Gerichts zurückgewiesen werden *).

§ 32.

B. Ordnung und Form der Erzählung.

1. Die Ordnung des Stoffes der Erzählung steht unter dem Gebot der Deutlichkeit, wie im Vorstehenden unter 2 b. kurz erwähnt wurde **). Es kommt darauf an, dafs jede in Erwägung zu ziehende Thatsache da stehe, wo sie dem Kausalitäts- und Bedingverhältnis nach stehen mufs, wenn sie in rechtlicher Bedeutung zur vollen und richtigen Würdigung kommen soll; denn nur in dem natürlichen Zusammenhang und Ineinandergreifen der einzelnen Vorgänge kann jede einzelne Thatsache in ihrer Bedeutung verstanden werden und das ist ja der Zweck der Erzählung, nicht etwa blos, dafs sie leicht aufgefafst und dem Gedächtnis eingeprägt werde. Schon für die vorbereitenden Schriften im neueren Prozesse ist diese Grundregel mafsgebend, für die Anklage und Verteidigungsschriften, welche der Eröffnung des Hauptverfahrens vorausgehen, ebenso für die Schriftsätze der

*) Vergl. österreich St.-P.-O. § 232 Dasselbe liegt auch im Sinne der Leitung des deutschen Prozesses.

**) Cicero de orat. II. 80: Narratio obscura totam obcaecat orationem. Alia possis, semel si obscurius dixeris, dicere alio loco planius: narrationi unus est in causa locus: erit perspicua narratio, si verbis usitatis, si ordine temporum conseruato, si non interrupte narrabitur. Quintilianus l. c. IV. 2. Für die Erlangung des Geschickes, gute Erzählungen in Strafrechtsfällen zu liefern, sowie überhaupt auch gerichtliche Reden im Strafverfahren gut zu ordnen, empfiehlt sich das Lesen und Studieren der in dem „Tribunal," Zeitschrift für praktische Strafrechtspflege, bearbeiteten Rechtsfälle, herausgegeben von A. Belmonte, Rechtsanwalt in Hamburg, Verlag das. v. J. F. Richter, Jahrgang I. (1885). Zu obigen Zwecken eignen diese Bearbeitungen sich mehr als die in „Pitaval" (F. A. Brockhaus in Leipzig) veröffentlichten, meist umfangreicheren und mehr im Stil des Kriminal-Romans gehaltenen. Aus Ciceros Reden läfst sich die Kunst, gut zu erzählen, besonders erlernen; musterhaft ist z. B. in der Rede pro Milone die Erzählung: Milo, cum in Senatu fuisset eo die, qua Senatus dimissus est, domum uenit ... bis: fecerunt id serui Milonis (dicam enim non derivandi criminis causa, sed ut factum est) neque imperante, neque sciente, neque praesente domino, quod suos quisque servos in tali re facere voluisset.

Parteien im bürgerlichen Rechtsverfahren, durch welche die terminlichen Verhandlungen vorzubereiten sind; noch vielmehr aber ist diese Regel für die auf Grund des Beweisverfahrens zu entwerfende Erzählung der oft durcheinander geworfenen Thatsachen zu beachten, um ein deutliches Gesamtbild des Zusammenhanges derselben vorzuführen.

a. Die Angemessenheit und der praktische Ordnungssinn ist im allgemeinen bestimmend und jene wird wieder durch die Natur und Eigentümlichkeit des Rechtsfalles begrenzt.

Die Zeitfolge (ordo temporum oder Chronologie) und der natürliche oder innere Zusammenhang (non interrupte, Kausalzusammenhang) werden von den alten Rhetorikern als leitende Gesichtspunkte für die Ordnung der Erzählung hervorgehoben. Indessen wird inbezug auf die ersteren mit Recht bemerkt*), dafs diese nicht immer eine genügende Klarheit gewähren, da öfters Gruppen von Ereignissen, von denen jede ihren besonderen Ausgangspunkt habe, sich kreuzen, dafs daher die Beziehung der Thatsachen zum status causae die „Haupt-Grundlage der Gruppierung und das sicherste Mittel, um Ordnung und Klarheit in den Stoff zu bringen, besonders wenn mehrere Ketten von Thatsachen ineinandergreifen, mehrere Interessenten neben einander auftreten, mehrere Hauptverträge zu erörtern oder Incidenz-Punkte zu behandeln sind," bilde.

Wie erwähnt, liegt die Bedeutung einer Thatsache in ihrer rechtlichen Erheblichkeit für den Anspruch einer Partei und daher lassen sich, wenn mehrere Einzelansprüche vorliegen, diese zum Mittelpunkt nehmen, um welchen dann die Thatsachen in einer Beziehung zu stehen kommen; aber diese Beziehung kann eine innere oder nur zufällige, äussere sein und zwar jenes durch einen Zusammenhang derselben von Ursache und Wirkung, Absicht und Zweck, Voraussetzung und Folge, Bedingung und Bedingtheit u. a. m., letzteres aber, indem die Thatsachen in einer blofsen zeitlichen Reihenfolge, ohne untereinander oder miteinander verbunden zu sein, relevant sind, wie z. B. bei einer auf Sävitien beruhenden Ehescheidungsklage die zeitlich hinter- und nachfolgenden Mifshandlungen, Nachstellungen, groben Beleidigungen,

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 51.

deren Aufzählung nach einander in chronologischer Folge dazu dienen soll, zu belegen, wie zerrüttet das eheliche Verhältnis sei, so dafs ein weiteres Zusammenleben der Ehegatten nur Gefahren für beide Teile in sich berge und daher der Zweck der Ehe vereitelt werde, mithin deren Trennung geboten erscheine; hier zielt jede einzelne Thatsache auf den einen Endzweck ab, jede hat für sich eine besondere Veranlassung und besteht für sich, aber alle fliefsen sie doch aus dem Zusammensein der Ehegatten in demselben Hausstand ab; ihre Erzählung kann nach ihrer Art (Beleidigung, Insidien, Sävitien) und bei jeder nach der Zeitfolge geschehen, oder ohne die erstere Rücksicht nur nach der letzteren, oder sie können auch ohne Rücksicht auf die Zeitfolge nach ihrer gröfseren oder geringeren Schwere bezüglich vernichtenden Gewalt in einer Steigerung aufgeführt, oder aber die schwersten können vorangestellt und die leichteren zur Kolorierung angereiht werden. Die Prüfung aller erheblich erscheinenden Störungen erfolgt dann nach ihrem einzelnen Gewicht und ihrer Gesamtheit.

Bei einer Mehrheit der Möglichkeiten einer durchsichtigen Stoffordnung hängt es vom praktischen Gefühl des Redners ab, welcher er den Vorzug geben will.

Da eine Erzählung insoweit entbehrlich erscheint, als zwischen den Parteien über Thatsachen kein Streit besteht, so kann sich dieselbe auch nur auf die zweifelhaft gebliebenen erstrecken und jene als zweifellos ganz kürzlich erwähnen, um einen inneren Zusammenhang herzustellen*). Was unaufgeklärt, unsicher, widerspruchsvoll geblieben ist, z. B. Zeitangaben, Aufenthalt an einem Ort, mufs durch Aufführung der Thatsachen und ihre Erklärung aus den Beweisen aufgezählt werden und tritt somit in Gegensatz zu dem bereits Feststehenden. Durch diese Gegenüberstellung der klaren und unklaren Thatsachen wird die s. g. Abhandlung (tractatio) oder Aufstellung der fak-

*) Nach § 258 Abs. 2 der deutschen Z.-P.-O. sollen die Parteien, wenn die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozefsgericht erfolgte, das Ergebnis derselben auf Grund der Beweisverhandlungen demselben vortragen „zur Rettung der Mündlichkeit." Die Partei, welche das meiste Interesse an der Erzählung hat, wird unter der Kontrolle der Gegenpartei einen möglichst vollständigen Vortrag über die Ergebnisse halten. Argumento e contrario bedarf es sonst eines derartigen Vortrags nicht.

tischen Streitfragen (propositio, quaestio, divisio) vorbereitet, sowie auch die Beweisführung (argumentatio) und bei nicht zu wenigen streitigen Thatsachen läfst sich, wenn sie eine einzige Streitfrage begründen, der Beweis jener gleich mit der Erzählung verbinden.

b. Für die Anordnung einer guten Erzählung ergiebt sich aus der Natur der Sache und dem Gebote der Deutlichkeit im allgemeinen die Regel, dafs die grundlegenden thatsächlichen, objektiven und subjektiven Verhältnisse zur Orientierung der Zuhörer den besonderen, die Rechtsverletzung ausmachenden Thatsachen vorausgeschickt werden; eine Regel, welche bekanntlich auch für die Parteischriften gilt, weil dadurch das Verständnis der Rechtsansprüche vermittelt wird*).

α) In bürgerlichen Prozessen werden besonders in den ersten Reden nach abgesetztem Verfahren die allgemeinen Verhältnisse zwischen den Streitteilen erzählt werden, in Eigentumsstreitigkeiten und solchen über dingliche Berechtigungen die Beschreibungen der Eigentumsverhältnisse, in Erbschaftsstreitigkeiten die der Verwandschaftsverhältnisse, in Handels- und Wechselsachen, wie überhaupt in Streitigkeiten um Forderungen und Verpflichtungen die der allgemeineren Geschäftsbeziehungen der Beteiligten, in Streitigkeiten um Familien- und Eherechte die der persönlichen Beziehungen, in s. g. Interventions- und Anfechtungsprozessen die der rechtsverletzenden Geschäfte u. s. w. Dann erst kann zur Darstellung der rechtsverletzenden Akte bez. seitens des Gegners zur Beschreibung der sie rechtfertigenden Thatsachen übergegangen werden, zu den Handlungen, welche eine Verschuldung an der Rechtsstörung bilden**). Es lassen sich hier die

*) Für die Wahrscheinlichkeit der Darstellung ist es recht wesentlich, dafs nicht blos die Charaktere der Personen, von welchen die Rede ist, gehörig geschildert, sondern auch gezeigt werde, wie ihre Handlungen aus natürlichen und deshalb um so leichter zu glaubenden Beweggründen hervorgegangen sind; daher kann mit der Erzählung der diese erkennbar machenden Thatsachen begonnen werden und hierin ist Klarheit am meisten nötig, da ein einziger Umstand von Bedeutung, wenn er mifsverstanden oder unbeachtet geblieben ist, die Wirkung aller Folgerungen und Schlüsse zerstören kann. Vergl. Blair-Schreiter a. a. O. III. S 83.

**) Über den „Grund des erhobenen Anspruchs“ in § 230 Nr. 2 der deutschen Z.-P.-O. bestehen Zweifel; vergl. v. Canstein in Busch's Zeitschrift a. a. O. I. S. 302 ff. u. Fitting das. Bd. VI.: „Was bedeutet „Grund des

Thatsachen scheiden, je nachdem sie den objektiven oder subjektiven Thatbestand erfüllen; regelmäfsig ist die Beschreibung des ersteren der des letzteren vorauszuschicken.

β) Hergebracht ist diese Teilung der Thatsachen in zwei Hauptgruppen im Strafverfahren, ohne dafs sie jedoch immer scharf durchzuführen ist; jedenfalls ist es aber praktisch-zweckmäfsig, erst eine Erzählung des objektiven Thatbestandes vorauszuschicken, die That als geschichtliches Ganze an sich, wie sie geschehen, zu beschreiben und dann erst zur Erzählung derjenigen thatsächlichen Umstände überzugehen, welche erkennen lassen, dafs der der Verübung derselben Bezüchtigte in der angeklagten Beziehung dastehe — oder andererseits nicht stehe oder von der Anwendung des Strafgesetzes gesichert sei (Unzurechnungsfähigkeit, Notstand, Notwehr, Verjährung, Mangel des erforderlichen Strafantrags, eines Strafgesetzes u. s. w.). Je nach der Lage des Falles kann ausnahmsweise auch mit allgemeinen sachlichen oder persönlichen Beziehungen des Angeklagten zu dem im Delikt Verletzten die Erzählung begonnen werden, ähnlich wie unter α) erwähnt worden ist *).

c. Besondere Schwierigkeiten bietet die geschickte Ordnung des Erzählungsstoffes bei einer Mehrheit von Rechtsverletzungen, von Verletzten und Verletzern.

α) Im Strafverfahren kommt der Fall des Zusammentreffens mehrer Beteiligten an demselben Delikt oder an einer Mehrheit von zusammenhängenden Delikten ebenso oft vor, als

erhobenen Anspruchs?," nämlich ob Substanziierung durch sämtliche rechtserzeugende Thatsachen oder blofse Individualisierung mittels Bezeichnung des zugrunde liegenden individuellen Rechtsverhältnisses? Wach im Archiv f. zivilist. Praxis Bd. 64, S. 236, das. auch nach Fitting Bd. 61 S. 428. Nur die rechtsbegründenden Thatsachen vermögen dem Grund des Anspruchs die wirklich konkrete und individualisierende Bedeutung zu geben, und die auf Abstraktion einer blofsen Bezeichnung des Rechtsverhältnisses beruhende Begründung ist ungenügend und führt zur Abweisung; v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Anm. 5 zu § 230 Z.-P.-O.

*) So wird die Erzählung von Meineidsfällen nicht gleich mit der falschen Eidesleistung beginnen, sondern erst aus dem Prozefs, in welchem sie erfolgte, das zum Verständnis des Eides notwendige Material vorauszuschicken und die Eidesleistung zu erzählen sein, hierauf erst die einzelnen Thatsachen, aus denen der Schlufs auf die Verschuldung zu ziehen ist. S. bei Mittermaier a. a. O. §§ 91—94 die Regeln für die Erzählung seitens des Verteidigers, besonders in den beiden Fällen, wenn die That zugestanden oder wenn sie geleugnet war.

das Zusammentreffen mehrer Delikte in demselben Thäter, und die Gesetzgebungen ordnen vielfach, dafs ein möglichstes Zusammenfassen derartiger Fälle in demselben Strafprozefs aus teils materiellen Gründen, teils prozessualischen Zweckmäfsigkeitsrücksichten statthaben solle *).

Die Geschichtserzählung ist hier vorzugsweise für den Staatsanwalt nicht so leicht, wenn er das reichhaltige Material übersichtlich gruppieren will; der Verteidiger aber würde, sofern dem Staatsanwalt die Anordnung der Erzählung gut gelungen war, der Wiederholung derselben überhoben sein, andernfalls aber eine doppelte Aufgabe zu erfüllen haben: einmal eine selbständige, durchsichtige und vollständige Erzählung zu geben, dann aber auch dabei zu zeigen, was von dem Ankläger an den einzelnen Stellen richtig, aber undeutlich, verwirrend und Irrtum erregend, oder gar ganz unklar und unrichtig dargestellt worden ist.

In der Erzählung der meisten Fälle der s. g. objektiven Konkurrenz darf der objektive Thatbestand immer vorausgeschickt werden vor der Beschreibung der Thäterschaft.

aa) Treffen mehrere Delikte, verübt von demselben Thäter, aber unter Beteiligung von anderen als Mitthätern, Anstiftern, Gehilfen, Begünstigern zusammen (subjektive und objektive Konkurrenz), so ist die Anordnung der Erzählung am schwierigsten. Am meisten empfiehlt sich, jede Strafthat für sich erst nach ihrer äufseren Thatseite zu erzählen und die Mitwirkung jedes einzelnen Beteiligten um die Thäterschaft des Hauptthäters (Vorbereitung, gleichzeitige und nachfolgende Mitwirkung) zu gruppieren, also jede verbrecherische That, wie sie historisch geschehen, als ein Ganzes wiederzugeben, indem nach Mafsgabe des objektiven Thatbestandes die Beteiligung der Mitwirkenden eingeflochten und das Zusammengehörige naturgemäfs verbunden wird. Die gegenteilige Behandlung einer Zerreissung der einzelnen Deliktsvollführung nach der jedesmaligen Beteiligung des einen oder anderen Mitwirkenden, indem jedem besonders sein Sünden- und Anteilsregister aus den verschiedenen Delikten herausgezogen wird, vermag nur ein Mosaikbild zu schaffen, welches der Zuhörer sich

*) Vergl. §§ 74 u. 79 deutsch. St.-G.-B. u. §§ 3 u 13 deutsch. St.-P.-O., österreich. St.-P.-O. § 56.

mühsam selbst zusammensetzen mufs. Diese Erzählungseinteilung nach den einzelnen Personen, d. h., was hat alles im einzelnen der und was hat jener gethan? nach der sogenannten Separationsmethode, führt, wegen des vielen Durcheinander der Deliktsbestandteile, zu Verwechselungen und Übersehen und bringt aufserdem stückweise Wiederholungen der Thatbestände bei der Beschreibung der einzelnen Mitwirkungsthätigkeiten mit sich.

Daher mag die Anwendung der ersteren Methode, nämlich der „Kombination" der Darstellung der mitwirkenden Thätigkeiten bei der Erzählung der That als abgerundeten Ganzen entschieden den Vorzug vor der letzteren Methode verdienen*). Erst, nachdem die Verübungen sämtlicher Thaten auf diese Weise erzählt sind, macht man, so zu sagen, jedem einzelnen Mitwirkenden seine Schuld-Rechnung, um dann die Arten seiner Verschuldungen festzustellen und damit im Schlufsantrag die Unterlage für die Strafwürdigungen zu haben.

bb) Liegt nur eine einzige That, aber dabei die Mitwirkung mehrerer Beteiligter zur Beurteilung vor (s. g. objektive Konkurrenz, d. i. Zusammentreffen mehrerer in demselben Objekte), so würde eine Trennung der Erzählung nach der Mitwirkung der einzelnen Beteiligten sich recht unzweckmäfsig erweisen; vielmehr giebt die Einheit der That es naturgemäfs an die Hand, den objektiven Thatbestand als Leitung für die Erzählung der Mitwirkenden daran in den Vordergrund zu stellen und zum Haupt- und Mittelpunkt für die Gruppierung der Thäterschaften zu nehmen.

cc) Liegen mehrere Strafthaten ein- und desselben Thäters vor (Zusammentreffen in dem Subjekt, daher s. g. subjektive Konkurrenz**), dann ergiebt die Zweckmäfsigkeit, dafs die

*) Schon die Anklage wird am besten nach dieser Methode in numerierten Absätzen nach den Delikten formuliert und bei jedem die Mitwirkung der Beteiligten erzählt; für den die Vernehmung der mehreren Angeklagten leitenden Vorsitzenden ist diese Methode gleichfalls praktischer, als jeden nach dem anderen gleich zu allen einzelnen Anklagepunkten über seine Beteiligung zu hören. Auf diese Weise wird man lauter Stücke eines Thatbildes durch einander erhalten, anstatt ein zusammenhängendes Bild jeder einzelnen That. Hätte der Vorsitzende den Beweis nach der Separationsmethode erhoben, so würden die Reden am Schlufs um so mehr in der Erzählung zusammenhängende Beschreibungen jedes einzelnen Delikts zu geben haben.

**) Richtiger, d. h. die Sache treffender bezeichnend wäre umgekehrt

Person des Thäters zum Ausgangs- und Mittelpunkt der Beschreibung der einzelnen Thaten nach ihrer chronologischen Reihenfolge, oder nach ihrem inneren Zusammenhang mit- oder ihren Beziehungen zu einander (Vorbereitung, nachfolgende Verdeckung der anderen That, z. B. bei Urkundenfälschung und Beamtenunterschlagung) oder je nach ihrer Schwere, genommen werde.

β) In den Schlufsreden des bürgerlichen Prozesses macht sich bei einer Mehrheit von Rechtsansprüchen und Gegenansprüchen zwischen derselben Parteien die Notwendigkeit geltend, die Erzählung nach der s. g. Kombinationsmethode zu ordnen, d. h. alles auf den Anspruch bezügliche Material, welches von dem einen oder anderen Teil vorgetragen worden ist, nach den Prozefsrollen aneinander zu reihen, so dafs man über jeden Anspruch ein ganzes Bild rücksichtlich seiner Begründung durch den ihn erhebenden Teil und rücksichtlich seiner Widerlegung oder Ausschliefsung durch den Gegner erhält.

Am schwierigsten ist es, eine gute Prozefs- und Sachgeschichte zu ordnen, wenn eine Streitgenossenschaft vorliegt oder aufser den Parteien noch Dritte am Rechtsstreite teilnehmen (Haupt- oder Neben-Intervention, Streitverkündigung Benennung des Autors); indessen auch hier wird nach der vorangeführten Methode die Erzählung am zweckmäfsigsten zu ordnen sein unter Einflechtung oder Vorausschickung einer Prozefsgeschichte. Die Bestimmungen der Prozefsgesetze kommen hierbei mit in Betracht und daher kann hier nicht weiter auf Einzelheiten eingegangen werden*).

2. Die Form der Erzählung richtet sich ganz nach ihrem Inhalt und das, was die alten Rhetoren in dieser Beziehung verlangten**), ist wegen der inneren Verschiedenheit von unserer Erzählung nur relativ beachtenswert.

das Zusammentreffen der Thaten „objektives“ und das der Mitwirkenden „subjektives“ zu nennen gewesen.

*) Vergl. deutsche Z.-P.-O. §§ 26, 56—72, 138, 232 ff., 566, 575 ff., 587, 608, 620, 624 ff., 765.

**) Quintilianus l. c. IV. 2: Narrationem, ut si ullam partem orationis, omni qua potest gratia et venere exornandam puto. In parvis sit ille pressus et velut applicatus rei cultus; in verbis summa diligentia . . . hic expressa et sensu tincta esse debebunt: compositio dissimulata quidem, sed tamen quam jucundissima: figurae non illae poeticae et contra rationem loquendi auc-

a. Neben dem Erfordernis der Deutlichkeit des Inhaltes der Erzählung steht auch das der Formdeutlichkeit, durch welche besonders das Interesse der Zuhörer erweckt wird, sofern der Rechtsfall selbst nicht schon dieses bewirkt. Eine geschickte Anordnung und Stellung der Sätze und eine lebhafte, anmutige, Abwechselung bietende Ausdruchsweise wird die Erzählung anziehend machen.

α) Es ist überall von Interesse, in die Veranlassungen der menschlichen Handlungen Einblicke zu thun, weil daraus die ganze geistige Operation, welche sie durchdringt, die Absicht und der Zweck des Handelns, klar wird und dadurch die Ursachen einzelner Thätigkeiten der zur Beurteilung vorliegenden Thatsachen aufzuklären vermögen*). Die zerstreut liegenden Umstände, aus denen die Motive der Handlungen sich erkennen lassen, sollen zusammen getragen und zur Darstellung der Intentionen verwendet werden. Umstände, welche als Vorbereitungen anderer erscheinen, sollen in dieser Richtung auch den letzteren vorangestellt werden, um eben ihre Bedeutung insoweit kenntlich werden zu lassen**); was sich gegenseitig ergänzt und erläutert, gehört zusammen und sehr oft vermögen einzelne als unbedeutend erscheinende Thatsachen zwar als Nebenumstände im Zusammenhang untereinander oder mit einem anderen Umstand sich dermafsen zu ergänzen und zu unterstützen, wenn sie richtig zusammengestellt werden, dafs dadurch das Bestehen einer Hauptthatsache erwiesen werden kann***). Eine kurze und taktvolle, geschickte Verbindung von einzelnen Thatsachen in der Erzählung mit Nebenumständen vermag schon

toritate veterum receptae, nam debet esse quam purissimus sermo, et varietate taedium effugiat et mutationibus animum levet.

*) Es sei hier nur beispielsweise an die vielen Einzelheiten erinnert, welche zum Beweise der Schenkungseinrede bez. der Absicht, eine Liberalität zu üben, zusammengetragen werden; ferner wie wichtig sind alle einzelnen Umstände zur Erkennung der Absichten bei Verbrechen, der Beweggründe zur Erklärung der Thatveranlassungen, etwa bei der Unterscheidung eines Totschlags vom Morde!

**) Z. B. bei Enterbungen oder Setzung auf den Pflichtteil die thatsächlichen Gründe, welche den Erblasser dazu bestimmten, oder Verführung, Überredung u. s. w.

***) Es sei hier nur an die Einzelerscheinungen erinnert, aus denen sich die geistige Gestörtheit herausstellt.

die Argumentation oder Widerlegung sehr wohl vorzubereiten und die Intentionen des Redners erkennbar zu machen*).

β) Wesentlich bedingt wird die Deutlichkeit des Inhaltes der Erzählung durch die Klarheit der Elokution. Der Geschichtsstil ist hier zum Muster zu nehmen, nur ist er dem mündlichen Vortrag entsprechend zu vereinfachen, da der Zuhörer nicht wie der Leser in der Lage ist, lange Sätze sich zu wiederholen; daher sind lange Perioden, Zwischensätze, ungewöhnliche Wendungen, uneigentliche Ausdrücke, Redefiguren, Phrasen zu vermeiden**). Was zuweilen seiner Natur nach komisch ist, mag auch so erzählt, was tragisch ist, einfach und in vollem Ernste, dargestellt werden***). Die leichte und natürliche Ausdrucksweise wird im Durchschnitt die angemessene sein und die Kunst der guten Erzählung besteht wie bei der Malerei in der entsprechenden Verteilung von Licht und Schatten, in der Markierung und lebhafteren Beschreibung der wesentlichen Thatsachen, der faktischen Eigentümlichkeiten, in der drastischen Schilderung der Ausbrüche der Leidenschaften, der Mitwirkung physischer oder psychischer Einflüfse, äufserer Umstände, Zufälligkeiten u. dergl. m., in kurzen Bemerkungen, welche die Sätze verbinden, die Übergänge von einer Thatsache zur anderen vermitteln und das daraus zu zie-

*) Mittermaier a. a. O. S. 212, 213 macht rücksichtlich der Verteidigung darauf aufmerksam, dafs anscheinend schwere Verdachtsgründe liefernde Thatsachen in einer zweckmäfsigen Verbindung erzählt oder in solche mit anderen vorhandenen Umständen gebracht, ihren Wert, den sie allein stehend haben würden, leicht verlieren, z. B. eine frühere gefährliche Drohung eines jetzt wegen vorsätzlicher Körperverletzung Angeklagten, der nur Fahrläfsigkeit einräumt; wird nachgewiesen, dafs jene Drohung in der Trunkenheit oder in der Gewohnheit, scherzweise und aus Prahlerei Drohungen auszustofsen, ausgesprochen worden sei ohne alle Ernstlichkeit, so wird jenes Indizium für die Vorsätzlichkeit ganz abgeschwächt, ebenso wie die Bedeutung von Thatsachen, die sonst sich zuweilen in guter Absicht wiederholt haben und im Fragefall als vereinzelt dastehend zur Belastung gebraucht werden, z. B. Schärfen eines Messers.

**) Es gilt dies besonders von dem Bestreben der französischen Gerichtsredner, ihre Geschichtserzählungen in Zivil- wie in Strafrechtsfällen wie Romane oder Tragödien zu behandeln und demgemäfs mit Massen von hohlen Redensarten auszuschmücken, nach unseren Begriffen oft zu verunstalten; Ausnahmen machten die beiden Dupins und Berryer.

***) Quintilian l. c. IV. 2: In illa parte intentior est judex; eoque nihil recte dictum perit; praeterea, nescio quomodo etiam credit facilius, quae audienti jucunda sunt, et voluptate ad fidem ducitur. Ubi vero major res erit et atrocia invidiose et tristia miserabiliter dicere licebit, non ut consumantur affectus, sed ut velut primis lineis designentur.

hende Ergebnis vorbereiten. Anziehend, auch unter Umständen pikant, aber durchweg natürlich und ohne sichtbares Bemühen, ansprechend und gut erzählen zu wollen, soll die Ausdrucks- wie die ganze Erzählungsweise sein. Die in §§ 23—25 angeführten allgemeinen Regeln sind auch hier mafsgebend.

b. Der mündliche Vortrag der Erzählung (Deklamation und Mimik) soll im ganzen dem Wesen derselben entsprechen und ist im Erzählerton, also ruhig gemessen, in mäfsigster Tonhebung zu halten, kann sich aber bei lebhafteren Schilderungen angemessen erheben, ohne an die pathetische Redeweise anzustreifen. Die Mimik wird dabei fast ganz zu entbehren sein. Es mag auf die in §§ 27 und 28 vorgetragenen allgemeineren Regeln verwiesen werden.

Dritter Abschnitt.

Aufstellung der Streitfragen — propositio, quaestio, partitio.

§ 33.

A. Im allgemeinen.

1. Hat der Redner eine Erzählung der Thatsachen des Rechtsfalles gegeben, so wird er daran als dritten Teil seiner Rede anknüpfend die Punkte, um welche sich der Rechtsstreit bewegt und von deren endlicher Feststellung die Entscheidung des Gerichts abhängt, in Kürze aufzustellen haben und dabei dem Zuhörer ankündigen, in welcher Reihenfolge und Verteilung er die Hauptgesichtspunkte zur Begründung seiner Anträge vortragen werde. Bei den alten Rhetoren geschah dies in der propositio, worin der Gegenstand (Thema) der Rede durch Aufstellung der Streitfrage (quaestio), welche die Rede zu beantworten hat, bestimmt begrenzt und eine Übersicht der Beweisgründe nach den Hauptgesichtspunkten (partitio oder divisio) gegeben wird, um den Zuhörern die Nachfolge bei der im folgenden Teile der Rede zu bewirkenden Ausführung (tractatio) und der Beweisführung (argumentatio) zu erleichtern*). Der gerichtliche Redner mufs nach der vollständigen Kenntnis des Materials seines Rechtsfalles vor allen Dingen, ehe er eine Rede darüber halten will, bei sich klar und mit sich einig sein, worin die Streitfrage bestehe? Nicht erst abwarten darf er, was sich ihm etwa bei

*) Aristoteles l. c. III. 5. Cicero de invent. I. 22—23, 31, 33. Cicero ad Herenn. I. 10. Quintilianus l. c. IV. 4, 5. Blair-Schreiter Vorlesungen III. 47. K. S. Zachariä a. a. O. §§ 108—112. Mittermaier a. a. O. §§ 96 ff. Frydmann a. a. O. Kap. 40.

Entwickelung der Geschichtserzählung und der Beweismittel-Ergebnisse für eine Überzeugung aufdränge, denn das könnte ihn in eine Lage der Unsicherheit, des Widerspruches, der Abschweifungen und eines inneren, verhängnisvollen Kampfes führen*); sondern er mufs vor Beginn der Rede sicher entschlossen sein, was er erlangen will, aus welchen Gründen und mithin, worauf er die Diskussion und Ausführung zu beschränken habe. Von der Klarstellung des thema probandum hängt nicht nur der Verlauf der daran sich schliefsenden Beweisführung ab, sondern auf ihr beruht die ganze innere und äufsere Gestaltung der Rede und am meisten die Anleitung zur Beurteilung des Rechtsfalles für die Entscheidung (τὸ κρινόμενον, judicatio)**). Durch eine solche feste Aufstellung der Streitfrage, die sich übrigens im Verlaufe der Plaidoyers zuweilen modifizieren kann, indem ein Redner einzelne Punkte fallen läfst und auch wohl zu einer Änderung eines früher gestellten Antrags, z. B. im Zivilprozefs, gelangen kann, gewinnt der Redner selbst seinen festen Halt, den Kern, um welchen sich die Prozefsergebnisse sammeln lassen; die Unterscheidung dessen, was der status controversiae ist von dem, was er nicht ist, zeigt ihm das Ziel, auf das er lossteuern mufs, und gleichzeitig die Mittel, mit welchen er die Lösung der aufgestellten Streitfrage zu unternehmen habe; ihre Verteilung in Gruppen nach der Eigentümlichkeit des Falles und unter Beihilfe einer natürlichen Logik gewährt von vornherein dem Redner selbst das Schema, unter dessen Leitung er dann seine Aus- und Beweisführung zu ordnen hat***).

*) Verf. erinnert sich einer Rede des Staatsanwalts in einer Meineidsache vor dem Schwurgericht, wo erst abends 9 Uhr die Beweisaufnahme geschlossen war, in welcher der Redner über seine Zweifel für und wider nicht Herr werden konnte, sodafs er am kritischen Punkt angelangt, übermannt von der Situation, die Rede wegen eintretender Schwäche abbrechen mufste — und dann Freisprechung beantragte.

**) K. S. Zachariä a. a. O. S. 70 bemerkt darüber: „Der gerichtliche Redner kann sich nicht lebhaft genug diese Regel einprägen. In ihr liegt, so einfach und fafslich sie auch ist, dennoch das eigentliche Geheimnis der gerichtlichen Beredsamkeit. Diese Regel allein kann den gerichtlichen Redner vor Abschweifungen bewahren und selbst sein Gemüt in eine Stimmung versetzen, dafs der Inhalt und der Charakter seiner Rede aus der Sache selbst hervorzugehen scheinen.“

***) Frydmann a. a. O. S. 310: „Der Redner ist nicht mehr in Gefahr im Unsicheren zu tappen und auf Abwege zu geraten. Er kennt sein Ziel und schlägt seinen Weg zu demselben ein. Er hat sein Gravitations-Zentrum, er

Andererseits aber soll die klare Aufstellung der Streitfrage die Aufmerksamkeit der Zuhörer, besonders der Richter, auf den Brennpunkt in den Beweisergebnissen und Rechtsverhandlungen sammeln und dazu soll durch die Übersicht über die Verteilung der zur Lösung der Streitfrage führenden Überzeugungs- und Widerlegungsgründe das Verständnis der nachfolgenden Aus- und Beweisführung erleichtert und die Beurteilung vorbereitet werden*). Die Aufstellung des Themas und die dessen Erörterung ordnende Disposition dient nicht blos zur Fesselung der Aufmerksamkeit und zur Erleichterung des Verständnisses der Ausführung, sondern auch zur Unterstützung des Gedächtnisses für das Vorgetragene, indem der Zuhörer bei Wiederholung des vorgetragenen Materials die Einzelheiten nach den leitenden Gesichtspunkten der Rede sich selbst in der Vorstellung wieder gruppiert, was ihm um so besser gelingt, jemehr die Verteilung sach- und naturgemäfs, logisch und durchsichtig bewirkt worden war**). Ganz besonders für Laienrichter, welche wegen ihres gewöhnlichen Berufes teils nicht an ein andauerndes und oft viele Stunden hindurch angestrengtes Aufmerken gewöhnt sind, teils aber auch ihrem geistigen Bildungsstand nach nicht leicht die mafsgebenden Gesichtspunkte zu erfassen vermögen, ist die Aufstellung des Streitpunktes oder mehrerer solcher von grofser Bedeutung. Es ist nicht zu empfehlen, ihnen das durch die Ausführung hindurch lange vorzuenthalten, worauf der Redner abzielt, da sie greifbar den Hauptpunkt bei guter Zeit kennen wollen und dann, wenn sie ihn erfafst haben, um so eher die Ausführungen verstehen; umge-

hat den Kompafs, der ihn durch das ganze Beweismaterial leitet, und indem dieses selbst unter das Licht der aufgestellten Streitfrage, des zu beweisenden Themas, gebracht wird, gewinnt es selbst Durchsichtigkeit."

*) Wenn einzelne Rhetoriker raten, Quästionen nicht aufzustellen, sondern Schlufs an Schlufs zu reihen und dann am Ende plötzlich mit dem Ergebnis im Antrag zu überraschen, so mochte dies im Altertum, wenn der Ankläger die Stimmung der Zuhörer für sich gewonnen hatte, ratsam sein, dafs der Verteidiger sie in Spannung auf die Verteidigungsthese erhielt.

**) Cicero de invent. I. 32: Recte habita partitio illustrem et perspicuam totam efficit orationem. Quintilianus l. c. IV. 5: Alioquin quae tam manifesta et lucida est ratio, quam rectae partitionis. Sequitur enim naturam ducem, adeo quoque, ut memoriae id maximum sit auxilium via dicendi non discedere. Cicero de orat. II. 76.

kehrt erschlafft ihre Aufmerksamkeit eher, wenn sie bei den Ausführungen unsicher schwanken über das Ziel des Redners.

Hat vollends der Redner es nicht für notwendig oder förderlich erachtet, eine Erzählung zu geben, dann ist es um so notwendiger, dem Zuhörer, dem nur ein etwas zerfahrenes Geschichtsbild des Thatbestandes aus den Verhandlungen vorschwebt, die Streitfrage sofort klar vor Augen zu stellen, sodafs also die sonst von der Rhetorik nach dem Eingang einer Rede vorgezeichnete Exposition mit der propositio zusammenfällt.

2. In dem modernen Prozesse tritt die Notwendigkeit einer Aufstellung der Streitfragen vor der Ausführung in mehrfacher Hinsicht hervor.

a. Im Strafverfahren hat der Ankläger bereits in seiner Anklage den status causae et controversiae vorläufig angezeigt und derselbe wird für das Hauptverfahren, nachdem dem Angeklagten gestattet worden, seinerseits auch Verteidigungsthesen entgegenzustellen, durch den Eröffnungsbeschlufs festgesetzt. Allein in der Hauptverhandlung selbst kann sich mancherlei daran ändern und ändert sich oft auch vieles und dann hat der Ankläger mit Rücksicht auf die Ergebnisse genau anzukündigen, ob und inwieweit er die Proposition der Anklage noch aufrecht erhalte oder ändere. Dadurch wird der Verteidiger veranlafst, sofern er nicht schon seinerseits Verteidigungssätze aufgestellt hat, dies gegenüber der Anklage zu thun und zwar im Anhalt an diese und die Ergebnisse der Verhandlung, so dafs sich alle weiteren Ausführungen darauf beziehen. Im allgemeinen drehen sich hier die Streitfragen um die Erfüllung der strafgesetzlichen Bestandteile im vorliegenden Strafrechtsfall*), um That- und Schuldfrage, sowie um Rechts- und Straffragen und in dem Verfahren vor Schwurgerichten in ersterer Beziehung ganz besonders auch formell um die an die

*) Die Voraussetzungen, von denen die Anwendung eines Strafgesetzes auf den einzelnen Fall abhängt, bilden hier die Streitfragen für beide Teile; der Richterspruch soll hier nicht blos in Beziehung auf den, gegen welchen er eine Entscheidung giebt (Verurteilung oder Freisprechung), also relativ wie in einer Zivilrechtssache, sondern inbezug auf das Strafgesetz, absolut gerecht sein; daher hat der Ankläger auch ohne Einwendung des Angeklagten, seinen Strafanspruch zu begründen. Eine eigentliche Streitfrage entsteht erst durch Leugnen oder Einwendungen des Angeklagten, z. B. in bezug auf Qualifikationen, besondere Eigenschaften des Angeklagten, wie bei Amtsdelikten u. s. w.

Geschworenen vom Gerichtshof zu stellenden Haupt- und Nebenfragen, welche schon bei den Propositionen der gegenseitigen Schlufsreden in's Auge zu fassen sind. Noch weit markierter erscheinen die Propositionen in der Instanz der Rechtsmittel, wo sie als Beschwerden formuliert hervortreten müssen und die Streitfragen insofern als unentbehrlich aufzustellen sind.

b. Das zuletzt Bemerkte gilt auch für das bürgerliche Rechtsverfahren, in welchem die Klarstellung der Streitfragen durch das ganze Verfahren hindurch der Natur der Sache nach den Zweck aller Parteivorträge bildet*). Im neueren mündlichen Prozefs werden die beabsichtigter Weise zu begründenden Anträge an die Spitze jedes Parteivortrages gestellt und nach einer kurzen Erzählung der Prozefs- bez. Sachgeschichte müssen ja die einzelnen Streitfragen von beiden Teilen hervorgehoben werden und zwar ist die geschickte Anordnung derselben Sache der Übung und Kunst. Es wird sich hierbei der gewandte Redner vor dem ungewandten gerade durch die Aufstellung der Streitfragen, ihre Verbindung mit der Erzählung und die kombinatorische Anreihung der Aus- und Beweisführung hervorthun können. Dem prozefsleitenden Amt des Vorsitzenden würde hier, um etwa eine Verwirrung zu verhüten, eine Mitwirkung in der Aufstellung der Streitfragen zufallen, ganz besonders im Verfahren vor den Amtsgerichten, wo die Partei meistens ohne Rechtsbeistände verhandeln. Anwälte aber, welche ein derartiges Eingreifen des Gerichts vermeiden wollen, haben selbst dafür zu sorgen, dafs sie in dem Hauptteil ihrer Rede eine richtige und gute Aufstellung und Verteilung der Streitfragen beobachten.

3. Zur richtigen Auffindung und erschöpfenden Aufstellung einer Streitfrage in Rechtsfällen wird die Partei durch das sehr einfache Mittel hingeleitet, dafs sie sich selbst die Frage vorhält, von welchem Gesichtspunkte würde der Richter bei Entscheidung des Rechtsfalles ausgehen, welcher Satz würde, wenn er bewiesen und vom Richler als wahr angenommen wird, ihn zu der oder jener Beurteilung bestimmen?**). Also die Voraus-

*) Hier entstehen die Streitfragen durch die Art der Beantwortung der Klage, der Einrede, Replik u. s. w. Ableugnen und Gegenanspruch (Zerstörung, Aufhebung); vergl. K. S. Zachariä a. a. O. § 24.

**) Mittermaier a. a. O. § 97 empfiehlt den Verteidigern diese Me-

setzungen des von dem Parteivertreter erzielten richterlichen Urteils müssen nach den Bestandteilen des anzuwendenden Rechtssatzes (Thatbestand und Norm) geprüft werden*).

Dabei sind folgende Regeln zu beachten:

a. Der Gerichtsredner soll bestrebt sein, die Streitfragen möglichst zusammenzufassen, wenn irgend thunlich, nur eine einzige propositio aufzustellen, welche so allgemein sein mufs, dafs sich in ihr mehrere besondere Streitfragen als Unterabteilungen vereinigen lassen, in welche die Beweis- und Widerlegungsgründe unterzubringen sind**). Die nach übergeordneten Gesichtspunkten oder sonst (nach der Chronologie, nach Gattung und Art, nach rechtlichen Grundsätzen) zusammengehörigen Punkte sollen als Teile der Ausführung unter jene gebracht, aber nicht selbst etwa zu Streitfragen erhoben werden, denn sie verhalten sich wie das Mittel zum Zweck.

b. Keine der aufgestellten Streitfragen darf eine andere in sich enthalten, auch sollen nicht Teile der einen propositio in der

thode. Von Cicero wissen wir, dafs er sich aufser in die Stelle des Richters auch in die des Gegners in seiner Vorstellung versetzte, um die Streitfrage richtig zu erfassen. Worin liegt die Schuld? Worin die Schuldlosigkeit? Die Strafbarkeit? Die Haftverpflichtung? Die Rechtsstörung? Der Rechtsanspruch? u. s. w. Das sind die stets wiederkehrenden Fragen, welche zu beantworten sind und am besten und erschöpfendsten beantwortet werden, wenn man sie auch von der gegnerischen Seite in der Vorstellung prüft.

*) In dem 1874 in Berlin gegen den deutschen Botschafter zu Paris Graf Arnim wegen der Amtsverbrechen in §§ 348 Abs. 2 und 350 des deutschen St.-G.-B's. verhandelten Prozesse, stellte der damalige Staatsanwalt (jetzt Ober-Reichsanwalt) Tessendorf, folgende drei Quästionen auf, indem er sie ausdrücklich als „Eingang seines Plaidoyers" nach Beendigung der Einleitung bezeichnete: 1. Was hat der Angeklagte gethan? 2. Wie charakterisierte sich die That vor dem Gesetze? 3. Wie ist die That gesetzlich strafbar zu ahnden? Der Verteidiger Ph. Holtzendorff fafste die Streitfrage dahin zusammen: dafs die Grenzlinie zwischen dem schwersten Disziplinarvergehen, welches er nicht verteidige, und der kriminellen Strafbarkeit auf das Gewissenhafteste zu ziehen sei, und stellte dabei folgende Gesichtspunkte auf: 1. die Technik des diplomatischen Dienstes, wonach Arnim die entfremdeten Schriftstücke als seiner Verfügung zugehörig betrachtet habe — gegen die dienstliche Ordnung; 2. an diesen sei ein Reichseigentum im zivilrechtlichen Sinne nicht vorhanden gewesen, also § 350 St.-G.-B. ausgeschlossen; 3. die Schriftstücke seien nicht Urkunden im Sinne des § 348 St.-G.-B.; 4. auch mangele es an dessen Thatbestand, da ein Beiseite-Schaffen nicht vorliege (eventuell).

**) K. S. Zachariä a. a. O. S. 69 u. § 108. Quintilian a. a. O. III. 5 teilt mit, dafs bei den Alten die Fragen in allgemeine und besondere (quaestiones infinitae und finitae) eingeteilt wurden und dafs einige alte Rhetoren nie mehr als drei Streitfragen aufgestellt wissen wollten; a. a. O. IV. 5.

anderen als solche wieder erscheinen, indem dadurch die Aufmerksamkeit gestört wird*).

c. Alle wesentlichen Gesichtspunkte sollen als Quästionen benutzt werden, so dafs kein Angriffs- oder Verteidigungsgrund mehr vorhanden sei, welcher nicht unter einen jener fiele; so wird z. B. der Verteidiger aus jedem Mangel in der Durchführung der Anklage bez. an der Bejahung der Schuldfrage eine Streitfrage machen und eine Mehrheit solcher nicht scheuen, sofern er sie nur auszuführen vermag**) und sein Suchen nur unter dieser Bedingung rechtlich begründen kann***). Der Redner kommt bei der Auswahl unter mehreren sich ihm aus dem Rechtsfall darbietenden Streitfragen leicht in einen Zweifel, ob er alle oder welche er als solche aufstellen und ausführen soll? Es wird empfohlen, nicht zu viele und nur alle nicht entbehrlichen Streitfragen aufzustellen, damit die Zuhörer die Übersicht über die Redeeinteilung nicht verlieren und die Aufmerksamkeit darüber nicht einbüfsen****), aufserdem auch der Redner, selbst durch allzugrofse Mannigfaltigkeit nicht den Faden verliere oder gar weitschweifig werde und in Schwatzen gerate. Es ist daher vorzuziehen, anstatt mit einer gröfseren Zahl aus dem Fall sich ergebender Streitfragen, nur mit einer einzigen, die Sache erschöpfenden propositio hervorzutreten, wie unter a. bereits erwähnt wurde. Der Satz: Superflua non nocent! ist hier jedenfalls nicht am Platze. Aber die Vorsicht gebietet andererseits, nicht zu sehr auf einen einzigen Beweis zu pochen, und daher ist der Grundsatz der subsidiären Aufstellung von Propositionen zu beachten, für den Fall, dafs die Beantwortung der einen und vermeintlich durchgreifenden Streitfrage nicht befriedigend und auf eine dem Redezweck entsprechende Art und Weise ausfallen würde

*) Mittermaier a. a. O. § 100. Frydmann a. a. O. S. 313; z. B. unrichtig wäre eine Verteidigungsthese: Der Angeklagte ist nicht überführt, den fr. Brand angelegt zu haben und an der Brandstelle gewesen zu sein; die letztere Negative schliefst die erstere in sich.

**) Frydmann a. a. O. S. 314.

***) K. S. Zachariä a. a. O. § 26: „Dieser Regel gemäfs hat der Kläger (oder dessen Fürsprecher) alle auf den Grund der Klage, und der Beklagte alle auf den Grund der Einrede sich beziehenden Streitfragen, der Ankläger aber schlechthin alle in die Sache einschlagenden Streitfragen zu beantworten.“

****) Blair-Schreiter Vorlesungen a. a. O. III. S. 79.

oder der Richter ihr nicht ein entscheidendes Gewicht beimessen könnte*).

Diejenigen Streitfragen, welche der Redner nicht erörtern, aber doch nicht unerwähnt lassen will, damit sie mit in Erwägung gezogen werden können, mögen entweder bei der Aufstellung der zu erörternden Propositionen oder am Schlufs der Aus- und Beweisführung eingeflochten werden, wie es der Redeordnung angemessen erscheinen will, und es kann dazu auch der Grund, aus welchem sie nicht weiter ausgeführt werden sollen, mit angegeben werden.

4. Streitfragen können aufser in der Frageform auch in der eines bestimmten Satzes (thema probandum) aufgestellt werden und zwar entweder positiv, wodurch eine lebhaftere und bestimmtere Erörterung eingeleitet wird, oder negativ, wobei mit einer Widerlegung begonnen und dann erst zur Ausführung einer positiven Gegenbehauptung übergegangen werden mufs**). In der einen wie in der anderen Form aber soll die Streitfrage möglichst knapp, deutlich und bestimmt ausgedrückt sein. Eine gröfsere Ausführlichkeit in der Proposition würde dem Zweck dieses Redeteiles zuwiderlaufen, welcher ja in dem Absatz 1 genauer angegeben ist. Bei der Improvisierung einer Gerichtsrede kann es leicht vorkommen, dafs der Redner in die Proposition einen Teil aufzunehmen übersehen hat, was ihm im weiteren Verlauf des Vortrages erst einfällt; dann wird er sich zu bemühen haben, an

*) Als Beispiel wird Ciceros Rede pro Milone angeführt; den ersten und durchgreifenden Verteidigungsgrund entlehnt Cicero daraus, dafs Clodius den Milo angegriffen und dieser dagegen sich in rechter Notwehr nur verteidigt habe, sodafs Clodius von Milos Leuten nur in der Abwehr getötet worden sei; subsidiär aber entlehnt er den zweiten Verteidigungsgrund aus dem Satze: dafs es erlaubt sei, einen Menschen, welcher die öffentliche Sicherheit gefährde, zu töten, und behauptet, dafs Milo, wenn auch Clodius nicht in Notwehr getötet worden sei, nicht Strafe, sondern das Lob des Vaterlandes verdiene, weil er dieses von einem Feind befreit habe.

Der Ankläger erachtet sich vielleicht, wenn der objektive Thatbestand einer That nicht zum Gegenstand des Beweises gemacht worden ist, durch das Geständnis des Angeklagten der Behauptung überhoben, wie zuweilen angenommen wird, dafs auch die That, wie sie zugestanden, vollbracht sei; das Gericht könnte aber der anderen Ansicht sein, dafs der Thatbestand für sich, also unabhängig vom Geständnis des Angeklagten, feststehen müsse, und für diesen Fall wäre die erste propositio hierauf zu richten, die zweite auf die Thäterschaft; s. K. S. Zachariä a. a. O. S. 73. Mittermaier a. a. O. § 99.

**) Mittermaier a. a. O. § 98.

einem passenden Ort, nötigenfalls am Ende der Ausführung, das Versäumte nachzuholen mit einer darauf deutenden Redewendung, welche den Zuhörer noch besonders darauf aufmerksam macht*).

Der Einfachheit, Kürze, Deutlichkeit und Bestimmtheit der Elokution für diesen Redeteil mufs auch der mündliche Vortrag entsprechen, der hier ein markierter Lehrvortrag sein soll; die Hauptsätze sind langsam und mit Betonung, auch mit Redepausen unterbrochen, hervorzuheben, auch wohl durch Zahlen: erstens, zweitens u. s. w. kenntlich von einander abzuheben und dabei ist dem wirksamsten Gesichtspunkt auch äufserlich die hervorragendste Stellung in der Betonung zu geben.

§ 34.
B. Die Norm- bez. Rechts-, die That- und Beweisfrage.

Die Rhetoren der Alten waren in der Klassifikation der Streitfragen keineswegs einig; ihre Rhetorik aber behandelte jede einzelne Streitfrage deshalb so ausführlich rücksichtlich ihrer Beantwortung, weil die gerichtlichen Redner keineswegs immer rechtskundige Männer waren; Quintilians Klassifikation**) mag vor allen andern den Vorzug verdienen. Die Streitfragen werden in status rationales und legales eingeteilt, je nachdem sie den Fall, der einem Gesetz unterzuordnen ist, oder das anzuwendende Gesetz i. w. S. (Regel für das richterliche Urteil, wohin aufser der Rechtsnorm auch ein Vertrag — lex contractus — und eine letzte Willenserklärung — lex testamenti — gehört) zum Gegenstande haben; in jeder dieser zwei Klassen erfolgt die Behandlung nach den Kategorien: An sit? quid sit? quale sit? und hiernach hat die Theorie die einzelnen Arten der Streitfragen behandelt ***). Die weitere Zergliederung hat für uns kein praktisches Interesse und erwähnt wird jene Haupteinteilung nur, weil sie als in der Natur der Urteilsfindung gelegen, auch heute noch verwendbar ist. Die Streitfragen sind auch heute noch entweder reine Rechtsfragen oder That- und Beweisfragen, d. h. aus

*) Quintilian erwähnt die Formeln: Paene excidit mihi. Fugerat me.

**) A. a. O III. 6. Vergl. die in der ersten Anmerkung zu § 33 angeführten Zitate.

***) Vergl. K. S. Zachariä a. a. O. §§ 27—38.

einer für den Fragefall mafsgebenden Satzung des Rechts (Gesetzes, Gewohnheitsrechts, Recht der Wissenschaft), einer Satzung aus Vereinbarung der Parteien, einer einseitigen rechtsverbindlichen Willenserklärung, entlehnte Fragen, oder aber aus einem zum natürlichen oder faktischen Thatbestand des Rechtsfalles gehörigen Beweissatz entnommene Streitfragen. Da aber jeder Thatbestand eines Rechtsfalles nur in seiner Eigenschaft als juristisch relevanter Inbegriff von Merkmalen in Vergleichung mit den jener allgemeinen, normgebenden Voraussetzungen der anwendbaren Satzungen in Frage kommt, so ist, wie anerkannt, eine scharfe Trennung der Rechts- und Thatfrage meistenteils gar nicht ausführbar und letztere umfafst daher oftmals auch die rechtliche Beschaffenheit mit in sich, d. h. es trifft die Rechtsfrage mit der Thatfrage in derselben Streitfrage verbunden zusammen*).

Jede relevante Thatsache in Rechtsverhältnissen ist dies eben nur in Beziehung auf ihre rechtliche Erheblichkeit, d. h. als ein bei der Vergleichung mit der mafsgebenden Satzung beachtenswerter Thatbestandsteil oder ein juristisches Merkmal für die Beurteilung des Gerichts. Aus dem Vorhandensein oder Fehlen eines solchen kann eine Streitfrage gemacht werden.

Die erste und Hauptfrage ist in Zivil- wie in Strafrechtsfällen stets die, ob eine Satzung und welche vorhanden sei? um als Obersatz zu gelten, unter welchen der fr. Thatbestand des Rechtsfalles untergeordnet werden könne und müsse. Die Beantwortung erfolgt mittels Vergleichung der einzelnen Bestandteile des fr. Thatbestandes mit dem von der fr. Satzung (Norm) im allgemeinen vorausgesetzten Merkmalen des normgebenden Verbotes oder Gebotes**). Der Kläger im Zivilprozefs fragt, ob

*) Die zur Zeit der Einführung der Schwurgerichte in Deutschland und Österreich vielfach erörterte Frage, ob die Beantwortung der Rechtsfragen den rechtsgelehrten Richtern allein zufallen solle und den Geschworenen nur die der That- und Schuldfrage, ist nunmehr beseitigt durch die allseitige Anerkennung des Umstandes, dafs auch in der letzteren wegen der juristischen Natur des Thatbestandes Rechtsfragen mit enthalten und untrennbar von jenen seien. Für das Rechtsmittel der Revision ist die Trennung der That- und Rechtsfrage stets Gegenstand einer Streitfrage; ihre Unmöglichkeit zumal im Zivilprozefs wird vielfach behauptet, z. B. von Bähr, Rechtsmittel II. Instanz, von Wach, kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XV S. 93, 354 u. a. m. auch v. Canstein a. a. O. S. 109.

**) Diese Ge- und Verbote sind die Rechtssätze, nach welchen die Beziehungen des Einzelnen zu seines Gleichen oder zur Gemeinschaft im Staate

er aus einer Satzung den Beklagten zwingen dürfe etwas zu thun, zu lassen, zu dulden? Der Beklagte aber, ob jener Anspruch hierauf unbegründet und deshalb abzuweisen sei? Der Ankläger im Strafprozefs stellt die Hauptfrage: ob der Angeklagte aus einer Satzung wegen einer Handlung als einer strafbaren zur Verantwortung und zum gedachten Strafleiden zu zwingen sei? der letztere hingegen, ob er von dem Strafanspruch gegen ihn als einen rechtlich unbegründeten loszusprechen? oder der erhobene nicht zu hoch sei? Erst dann, wenn der Obersatz zweifellos feststeht oder wenigstens, wenn dessen Bestehen als nicht unmöglich zugegeben werden mufs, kommt die Feststellung der fr. ihm zu unterstellenden Thatsachen in Frage, d. i. der Beweis der streitigen Vorgänge, ob in der That auch das geschehen sei, was jene Satzung an jedem Fragefall voraussetzt? In dieser letzteren Beziehung nun enthält die Beweisfrage nicht blos eine reine Thatfrage, sondern auch oft Rechtsfragen, jedenfalls indem gerade die Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen in der Beweistüchtigkeit der Beweismittel und Ergebnisse ihrer Erhebung nach gewissen Normen der Vernunft und des positiven Rechts zu geschehen hat (Beweisrechtsfragen).

Nach dieser allgemeinen Betrachtung gehen wir zur Entlehnung der Streitfragen aus der Norm- bez. Rechts- und aus der That- bez. Beweisfrage im Einzelnen über*).

1. Die Streitfragen aus einer positiven Regel oder Satzung (status legalis), aus welcher als Obersatz das richterliche Urteil zu schöpfen ist, werden im Gebiete des Strafverfahrens

bez. der Kirche u. s. w. geregelt werden. Diese Beziehungen sind die Rechtsverhältnisse als ideale Thatsachen (bestehend aus Begebenheiten oder Zuständen des wirklichen Lebens), welche ihre juristische Bedeutung erst durch den auf sie anwendbaren Rechtssatz erhalten. Daher hat man ein Rechtsverhältnis auch als Schlufsfolgerung bezeichnet, deren Prämissen eine konkrete Thatsache und eine darauf anwendbare allgemeine Rechtsnorm sei, z. B. die Obligation, welche sich aus dem einzelnen Vertrage oder dem Delikte und der darauf anwendbaren Rechtsnorm ergebe, und dies zeige sich am deutlichsten in der Urteilsfällung und Begründung des Richters, welcher in den Entscheidungsgründen Rechenschaft darüber ablege, wie im Wege der Schlufsfolgerung aus den von den Parteien vorgetragenen Thatsachen und Rechtssätzen durch Unterordnung jener unter diese Entscheidung entstehe. Vergl. v. Savigny, System III. S. 3 u. K. Reinhold in der Zeitschrift für Zivilrecht u. Prozefs. N. F. XIII S. 22.

*) Vergl. K. S. Zachariä a. a. O. S. 87—92 und über die von der Verteidigung zu entnehmenden Streitfragen Frydmann a. a. O. auf S. 317 ff.

nur aus prozessualen oder materiell-rechtlichen Rechtssätzen, im Zivilprozeſs auch aus Verträgen (lex contractus) und einseitigen, aber rechtsverbindlichen Willenserkfärungen, namentlich den letztwilligen (lex testamenti) entlehnt, denen indessen immerhin wieder Rechtssätze (des Vertrags- bez. Erbrechts) die Erzwingbarkeit beilegen.

a. Die erste Frage ist die nach dem Bestehen einer Satzung für den vorliegenden Fall überhaupt oder von einer gewissen Art.

α) In ersterer Beziehung fragt es sich um die unmittelbare Anwendung der Satzung auf den Fall als geltender für denselben, z. B. ob die Bedingungen der Geltung vorhanden sind, etwa bei Gesetzen, die nach dem Staatsrecht erforderten Voraussetzungen (Promulgation, Publikation, zeitliche, örtliche, sachliche Grenzen u. s. w.), bei Gewohnheitsrecht der Beweis seines Bestehens, bei Statuten, Verträgen die formalen und materiellen Bedingungen (Schriftlichkeit, consensus, Nebenbestimmungen, Abwesenheit der turpitudo oder des Mangels: contra bonos mores), bei Testamenten ihre Gültigkeit u. dergl., was insoweit das Recht erfordert*).

Die bestehenden Rechtsgrundsätze und die Rechtswissenschaft geben das Material für die Beantwortung der Streitfragen an die Hand. Die Frage nach der formellen Rechtsbeständigkeit ist als präjudizierend der nach der materiellen Gültigkeit stets vorauszuschicken, ebenso wie die rein prozeſsrechtlichen Fragen vor den materiell-rechtlichen zu erörtern sind.

β) In zweiter Beziehung fragt man, wenn der vorliegende Fall in der fr. Satzung nicht ausdrücklich enthalten ist, dahin, ob nach einer darin versteckt liegenden allgemeinen oder besonderen Bestimmung der Fragefall mittelbar zu entscheiden sei (ex ratiocinatione).

Die geltenden Rechte und die Rechtswissenschaft geben in-

*) Hier entstehen im Strafverfahren die für die Verteidigung interessanten Streitfragen, ob überhaupt die fr. That in das Gebiet des Strafrechts fällt, z. B. bei politischen Vergehen, ob das Unrecht nicht ein blos disziplinar strafbares oder ein zivilrechtlich verfolgbares sei, ob nicht eine bloſse Unsittlichkeit begangen. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wird in Deutschland besonders, wo Partikularrechte, Ortsgesetze und Gewohnheiten noch vielfach gelten, die Frage entstehen, ob eine Satzung als maſsgebend zu betrachten sei? („Ortsrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Gemeinrecht“).

soweit die Regeln für die Beantwortung dieser Frage, die Regel über Auslegung und analoge Anwendung, inbezug auf welche im Zivil- wie im Strafprozefs meistenteils lebhafte Kämpfe entstehen, in letzterem namentlich gegen die ausdehnende Auslegung und Analogie seitens der Verteidigung*).

b. Eine zweite Frage kann bei der Konkurrenz von mehreren Gesetzen oder Satzungen (z. B. mehreren letzwilligen Verfügungen desselben Erblassers aus verschiedenen Zeiten, mehreren Ehepakten oder Verträgen in bezug auf dasselbe Objekt), nach welchen ein Fall im allgemeinen beurteilt werden kann, indem jede ihre eigene Art von Gegenständen hat, worauf sich ihre Gültigkeit beschränkt, dahin entstehen, welche davon, ob die ältere oder neuere, weitere oder engere, ausländische oder inländische, reichs-, landes- oder ortsrechtliche u. s. w. zur Anwendung zu bringen sei? Die Beantwortung erfolgt aus den allgemeinen Regeln der Gesetzbücher und der Rechtswissenschaft über Auswahl und Anwendung konkurierender Rechte, besonders im Strafverfahren auch über Gesetzeskonkurrenz und das Zusammentreffen strafbarer Handlungen**).

c. Eine dritte Streitfrage kann, wenn die Regel der Entscheidung feststeht, die sein, was der Urheber derselben mit der fr. Bestimmung gewollt habe? Diese Frage tritt hervor, wenn ein Widerspruch zwischen dem Gesetzes- oder Satzungsausdruck und dem Gedanken und Grund der Bestimmung, oder wenn in den Worten oder einem Satze eine Zwei- oder Mehrdeutigkeit vorliegt. Auch hier sind die Fragen nach den Regeln der Auslegung zu beantworten.

2. Die aus dem Thatbestand und faktischen Verhält-

*) Frydmann a. a. O. S. 319: „Das ist der edelste Fall der Rechtsverteidigung. Der Anwalt steht hier auf der Höhe seiner staatsrechtlichen Mission, indem er die allgemeine Freiheit gegen die Überflutung staatlicher Beherrschungstendenzen schützt. Er vertritt das Recht der Gesellschaft gegen den nach ihrer Beherrschung ringenden Staat."

**) Vergl. deutsches St.-G.-B. §§ 73—79 und St.-P.-O. §§ 3, 13 ff., woraus fast täglich in der Praxis die Streitfragen über Einheit des Delikts, Ideal- oder Realkonkurrenz, sowie über den Gerichtsstand des Zusammenhanges, über Vorzug der einzelnen Gerichtsstände (forum delicti commissi u. domicilii) entstehen. Ähnlich im Zivilprozefs die Streitigkeiten über den Gerichtsstand und die Zuständigkeit; §§ 12—37 der deutschen Z.-P.-O.

nissen entlehnten Streitfragen sind die häufigsten*) und fast in jeder Art des Prozesses vorkommenden (status rationales) **). Hier kommen wieder untergeordnete Fragen in Betracht:

a. Die Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen einer rechtserheblichen Thatsache (status conjecturalis) ist die täglich wiederkehrende Frage nach dem objektiven Thatbestand, ob überhaupt die Handlung bez. mit einem bestimmten Erfolge geschehen sei? und die sich daran schliefsenden nach dem Subjekt, welches sie verursacht oder hervorgebracht oder ausgeführt habe, nach dem Urheber oder sonst Beteiligten an der That; ferner auch die über die Beschaffenheit der Thatsache, sofern von ihr die Entscheidung einer anderen Streitfrage abhängt, z. B. Rechtswidrigkeit, Bewusstsein derselben***). Das geltende Beweisrecht, die Sätze der Rechtswissenschaft und eine natürliche, gesunde Logik, geben die Sätze zur Beweisführung und Beantwortung der hieraus entnommenen Streitfragen für die Parteien an die Hand und hier hat der Redner am meisten Veranlassung, durch Übersichtlichkeit die Auffassung, das Verständnis und Gedächtnis der Richter zu unterstützen.

b. Weiter fragt es sich um die rechtliche Beschaffenheit der Thatsachen, welche es ermöglicht, sie unter einen Rechtsbegriff zu stellen (status definitivus s. finitio), z. B. ob eine Schenkung eine solche unter Lebenden oder auf den Todesfall sei? ob eine Handlung den Anfang der Ausführung bilde, um als strafbarer Versuch gelten zu können? Dahin gehören die Streitfragen über das Vorhandensein erschwerender Umstände, z. B. beim

*) Vergl. K. S. Zachariä a. a. O. §§ 29—35 und soweit die von der Verteidigung zu entnehmenden Streitfragen aufzustellen sind, Frydmann a. a. O. S. 326 ff.

**) Dafs so viele Rechtsverhältnisse zweifelhaft sind, rührt sowohl daher, dafs die Prämissen schon oft unbestimmt sind, die Rechtssätze zu Zweifeln Veranlassung geben und vollends die Thatsachen fast stets bestritten werden, als auch daher, dafs die Unterordnung dieser unter jener wegen der Unsicherheit der verbindenden Mittelbegriffe auf verschiedene Weise erfolgt und daher die Schlufsfolgerungen verschiedenartig ausfallen; s. K. Reinhold a. a. O. S. 22.

***) Cicero ad Herenn II. 2—8. Cicero de invent. II. 5—10. Quintilianus VII. 2, III. 6: Longe fortissima tuendi sexratio est, si, quod objicitur, negari potest; proxima, si non id, quod objicitur, factum esse dicitur; tertia honestissima, qua recte factum defenditur. Vergl. Cicero's Reden: Pro Roscio Amerino, Archia Poëta, M. Caelio, A. Cluentio, L. Flacco, M. Fontejo, Cn. Plancio, Roscio comoedo, P. Sulla.

Diebstahl u. s. w.*). Zur Beantwortung dieser Streitfragen führt die Vergleichung nicht blos mit den allgemeinen Thatbestandsmerkmalen der juristischen (strafbaren) Handlungen, sondern auch die Prüfung des Vorhandenseins der zu einer besonderen Handlung (Einzeldelikt) erforderten Voraussetzungen, welche eine Satzung zur Begriffsbestimmung als Merkmale vereinigt wissen will.

c. Eine weitere Klasse von Streitfragen knüpft sich an die Feststellung von juristischen Thatsachen, welche entweder zur Rechtsbegründetheit oder Rechtmäſsigkeit von Ansprüchen oder von gerichtlichen Verhandlungen gehören.

α) Die Streitfragen über die Rechtmäſsigkeit von Ansprüchen (status qualitatis) umfassen die Fragen nach der Legitimation zur Sache (Aktiv- und Passivlegitimation), Haupt- und Nebenintervention u. s. w., nach der Berechtigung zur Strafklage (öffentliche oder Privatanklage, Nebenklage), ferner die Frage über die zur rechtlichen Begründung einer Klage, Einrede, Replik u. s. w. erforderten Thatsachen, desgleichen über diejenigen, von welchen die Ausschlieſsung der Bestrafung oder die Annahme mildernder Umstände abhängen u. s. w.**).

β) Die Bedingungen der Rechtmäſsigkeit gerichtlicher Verhandlungen bilden ebenfalls Gegenstände, aus denen Streitfragen entlehnt werden können (status translativus). Dahin gehören die für die Wahrung der Förmlichkeiten maſsgebenden Thatsachen (z. B. Zustellungsfragen), Antragsstellung bei s. g. Antragsdelikten, Prozeſslegitimationen, Thatsachen zur Begründung der Einrede der Verjährung und ihrer Unterbrechung, des Verzichts auf prozessuale Rechte, des Satzes: ne bis in idem bez. einer Strafklage u. s. w.***).

*) Vergl. Cicero's Reden: Pro A. Caecinna, C. Rabirio Posthumo.

**) Vergl. Cicero's Reden: Pro T. Annio Milone, L. Com. Balbo, Quinctio, C. Rabirio, P. Sextio.

***) Cicero de invent. I. 11, II. 19, 20.: Cum actio translationis aut commutationis indigere videtur, quod non aut is agit, quem oportet, aut cum eo quicum oportet, aut apud quos, qua lege, qua poena, quo crimine, quo tempore oportet, constitutio translativa appellatur. Cicero nennt den status hier constitutio, rechnet aber auch die Sachlegitimation hierher.

Vierter Abschnitt.

Die Aus- und Beweisführung (Beweislehre).

§ 35.

A. Im allgemeinen.

1. An die Auffassung der Streitfrage, mag sie eine einzige oder mag sie eine zusammenhängende oder eine nach Abteilungen zerlegte sein, schliefst sich die Ausführung (Abhandlung tractatio) und Beweisführung (argumentatio) an; die erstere und die letztere bilden zusammen, äufserlich nicht unterschieden, die s. g. Diskussion der im Rechtsfall liegenden Streitfragen seitens der Parteien*). Die Abhandlung des Themas (tractatio) kann auch ohne Beweisführung vor sich gehen, wo eine solche nicht nötig ist, fliefst aber gewöhnlich mit der letzteren zusammen, indem, wenn auch Thatsachen nicht mehr zu beweisen sind, doch wenigstens noch Rechtssätze oder rechtliche Gesichtspunkte aufgeführt werden müssen, wobei immerhin die Beweisführung i. w. S. die Begründung des einen oder anderen Obersatzes als des anzuwendenden zum Gegenstand der Ausführung zu machen hat. Der Ausführung fällt besonders die Verwendung der Schlufsfolgerungen aus der Beweisführung für die Beurteilung des Rechtsfalles in thatsächlicher wie in rechtlicher Beziehung zu. Wir

*) Aristoteles l. c. I. 2, 15. II. 20 - 25. III. 17. Anaximenes Lampsac. l. c. c. 32. Cicero ad Herenn. II. 2 – 29. Cicero de invent. I. 24—51. II. 4 seq. Quintilianus l. c. V. VII. Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 88—105. Mittermaier a. a. O. §§ 101—120. Schall und Boger a. a. O. S. 56 ff. Frydmann a. a. O. S. 331 – 335. Whately-Hildebrand a. a. O. S. 5—67. Da die Beweisführung und die Widerlegung nach denselben Grundsätzen zu behandeln sind, so bedarf es hier keiner besonderen Erwähnung der letzteren; es wird auf die Abschnitte über: „Begründung“ in § 16 und über „Widerlegung“ in § 17 des Teils I. verwiesen.

legen keinen Wert auf eine Unterscheidung von Aus- und Beweisführung, indem letztere im weitereu Sinne aufgefafst die Darstellung der Gründe für eine aufgestellte und zu begründende d. i. zu beweisende Behauptung enthält, und sofern die Behauptung eben der Beweissatz (thema probandum) ist, nichts anders als die Ausführung dieses Beweisthemas bedeutet*). Diese Unterscheidung ist für die Rhetorik wegen ihres Begriffes von Beweis im weitesten Sinne ohne Bedeutung; denn dieser umfafst die Gründe, durch welche der Zuhörer von der Wahrheit oder Richtigkeit einer aufgestellten Behauptung (nicht blos einer Thatsache, sondern überhaupt eines Satzes der Vorstellung) oder dem Gegenteil davon überzeugt werden solle**). Sache der Vernunft und Logik ist es, die Wahrheit zu ermitteln durch Erhebung von Beweisen aus den Beweismitteln, und ebenso, über die Beweisgründe zu urteilen; aber die geschickte Auffindung, Ordnung und Verwendung geeigneter Beweisgründe (Argumente) zum Zwecke einer Beweisführung ist die unmittelbare und eigentliche Aufgabe der Rhetorik, welche in der Aus- und Beweisführung ihren Höhe- oder Sammelpunkt gefunden hat. In der juristischen Rhetorik dreht sich die Beweisführung im grofsen ganzen darum, ob etwas wahr und recht ist; die Überzeugung der Richter dadurch hierfür zu gewinnen, damit sie ihr Urteil darauf richten, ist der besondere und Endzweck der Argumentation.

*) Ein solcher Unterschied war von Mittermaier a. a. O. § 101 ff., herbeigeführt worden, indem er für die Beweisführung rücksichtlich der Thatsachen und für die Auslegung und Anwendung von Gesetzen einen Sammelbegriff in der „Ausführung“ finden zu müssen glaubte.

**) K. S. Zachariä a. a O. S. 222. Im Rechtsverfahren versteht man unter „Beweis“ im materiellen Sinn den Inbegriff der für die Annahme des Bestehens oder Nichtbestehens einer Thatsache sprechenden Gründe; die Offenbarungen, aus denen diese zur Erkenntnis gebracht werden, sind die Beweismittel. Unter Beweis versteht man auch die Darlegung der Wahrheit oder Falschheit eines Urteils (Behauptung) aus Gründen, also das Beweisen oder die „Beweisführung“, im Gegensatz zur „Beweiserhebung“ als dem logischen Prozefs zur Ermittelung einer noch unsicheren Wahrheit (Ergebnis der Erforschung). Das Ergebnis der „Beweiserhebung“ wird ebenso wie das der „Beweisführung“ auch „Beweis“ genannt, jenes aber in einem weiteren Sinn ohne Rücksicht darauf, ob auch dadurch Gewifsheit hergestellt ist oder nicht, dieses letztere aber mit Rücksicht auf die Erlangung einer Gewifsheit („voller Beweis“) oder Wahrscheinlichkeit („unvollständiger, halber Beweis“). Vergl. Geyer, Lehrbuch des Strafprozesses a. a O. § 198. Endemann, deutscher Zivilprozefs, 1868, § 178. Heusler, die Grundlagen des Beweisrechts, im Archiv f. zivilist. Pr. Bd. 62 S. 209 ff.

2. Die Erfindung der Beweisgründe ist die Hauptsache, aber diese fufst vor allem auf der Kenntnis des Stoffes und der diesen regelnden Rechtssätze. Die Redekunst vermag nicht für jede einzelne Rechtssache oder auch Gruppen solcher etwa Beweisgründe aufzustellen, da sich diese nur aus der Eigennatur jedes Rechtsfalles — ex visceribus causae — ergeben können.

Die Versuche der Rhetoriker der Alten, ein System nicht blos des vorteilhaftesten Gebrauches der Beweisgründe, sondern sogar der Entlehnung der für jede Sache nötigen Beweisgründe zu geben, um den Mangel der Erfindung solcher abzuhelfen, kann als verfehlt bezeichnet werden. Aristoteles, Cicero und Quintilian haben in ihren Schriften der Lehre von den loci oder sedes argumentorum (Topica) besonderen Fleifs zugewendet gehabt; diese „Gemeinwörter" waren innere und äufsere, loci personarum, loci rerum, solche, die allen Gattungen oder nur gewissen einzelnen Arten öffentlicher Vorträge gemein oder eigentümlich waren, d. h. auf mehreren verschiedenen Gegenständen anwendbare Ideen, Begriffe von Gattung und Art, Ursache und Wirkung, Voraussetzung und Folge, Gleichheit und Widerspruch, Erklärung, Zeit und Ort u. dergl., so z. B. in demonstrativen Reden waren als Quellen für Lob oder Tadel angegeben: Geburt, Vaterland, Erziehung, Eigenschaften des Körpers und Geistes, Gewohnheiten u. a. m.*). Die griechischen Sophisten waren die ersten Erfinder eines solchen Systems gewesen, ein Protagoras, Prodikas, Thrasymus u. a. m. begnügten sich nicht, ihren Schülern nur allgemeine Anweisungen über die Beredsamkeit zu geben und ihren Geschmack zu bilden, sondern sie wollten ihnen auch Vorräte bestimmter Vorschriften für jede

*) Diese loci argumentorum hat man auch „Gemeinwörter" = loci communes genannt; allein letztere sind nur Einkleidungen der Rede, nicht aber Beweisgründe und gehören mehr der Elokution als der Argumentation an; erstere sind allgemeine Beweisquellen, generelle Gesichtspunkte, aus denen Beweise hergenommen und abgeleitet werden, z. B. die Habsucht ist ein solches „Mutter-Argument", aus welchem mancherlei einzelne Vermutungen für die daraus entsprungene That des davon beherrschten Menschen entlehnt werden — locus argumentorum — und eine kurze Schilderung dieses Beweggrundes, mit etwa einem Sprüchwort: „Geiz ist die Wurzel alles Übels" u. dergl. würde der locus communis sein. Cicero topica 3.: Itaque licet definire, locum esse argumumenti sedem, argumentum autem rationem, quae rei dubiae facit fidem. Quintilian: locos appello sedes argumentorum, in quibus latent, ex quibus sunt petenda

Art von Reden geben und lehrten sie, für und wider dieselbe Sache zu sprechen und so namentlich in der künstlichen Erfindung von Gründen und Beweisen bewandert zu werden. Dies artete in Mifsbrauch des Scharfsinnes und Spitzfindigkeiten, welche seitdem „Sophistereien“ genannt wurden, aus und rief alsbald einen Widerspruch hervor, der namentlich in Sokrates seinen Vertreter fand*). Die Topik des Cicero und Quintilian war wieder von jener Ausartung der Sophisten gereinigt, doch das Unternehmen einer solchen auch ihrerseits erklärt sich aus der Einfachheit des damaligen Rechtsverfahrens, in welchem mangels ausführlicher Gesetze die Entscheidung der Rechtssachen gröfstenteils der Billigkeit und dem gesunden Verstand der Richter überlassen blieb**); daher suchten die Rhetoriker den weniger gebildeten Gerichtsrednern durch die Topik unter die Arme zu greifen***).

*) Blair-Schreiter a. a. O. Vorlesung XXIII. u. XXIX.

**) Man gab sich mehr mit der Erlernung der Redekunst als der der Rechtskunde ab; Cicero behauptete einmal, dafs drei Monate hinreichten, um jemanden zu einem vollkommenen Rechtskundigen zu machen, und man glaubte, dafs ohne Erlernung der Rechte einer doch ein guter Gerichtsredner werden könne; denn es gab bei den Römern genug Redner, welche sich die Rechtsgründe für die von ihnen zu führenden Sachen von den s. g. Pragmatici an die Hand geben liefsen und solche in allgemein verständlicher Weise vortrugen, ausgeschmückt mit den Künsten der Rhetorik, womit sie auf das Gemüt der Richter Eindruck zu machen verstanden; vergl. Blair-Schreiter a. a. O. III. S 6.

***) Cicero de oratore 31: Nulla est causa, in qua id, quod in judicium venit ex reorum personis, non generum ipsorum universa disputatione quaeratur. 32, 34: Nam etsi incurrant tempora et personae, tamen intelligendum est, non ex iis, sed ex genere quaestionis pendere causas ... Intelligitur, non in hominum innumerabilibus personis neque in infinita temporum varietate, sed in generum causis atque naturis omnia sita esse quae in dubium vocarentur.

Antonius fährt hier weiter fort: Si quaeritis, quod mihi quidem videatur: hoc instrumentum causarum et generum universorum in foro deferre debemus, neque, at quaeque res delata ad nos erit, tum denique scrutari locos, ex quibus argumenta eruamus quae quidem omnibus, qui ea mediocriter modo considerarint, studio adhibito et usu, pertractata esse possunt; sed tamen animus referendus est ad ea capita et ad illos, quos saepe jam appellari locos, ex quibus omnia ad omnem orationem inventa ducuntur. Atque hoc totum est sive artis, sive animadversionis, sive consuetudinis, nosse regiones, intra quos venire debeas, ut pervestiges, quod quaeras. Ubi cum locum omnem cogitatione sepseris, si modo usum rerum percallueris, nihil te effugiet, atque omne, quod erit, in re occurrit atque invidet. Dazu ist noch aus Topica 3 anzufügen: Ex his locis, in quibus argumenta inclusa sunt, alii in eo ipso, de quo agitur, haerent, alii assumendum extrinsecus, in ipso tum ex toto, tum ex par-

Quintilianus l. c. V. 10: Debent etiam nota esse recte argumenta tractaturo vis et natura omnium rerum, et quid quaeque earum plerumque efficiat. Hier finden wir die Andeutung einer allgemeinen Erfahrungs- und Kausaltheorie.

3. In dem neueren Rechtsverfahren ist die Auffindung von Beweisgründen im wesentlichen Sache der Rechtskenntnis und Erfahrung; ihr Spielraum ist jedoch ein engerer da, wo eine gesetzliche Beweistheorie die rechtliche Beurteilung einengt, hingegen ein weiterer, wo das „System der freien Beweiswürdigung" gilt, wie fast in allen neueren Strafprozefsordnungen (deutsche St.-Pr.-O. § 260, österreichische St.-P.-O. §§ 258 ff., 328 ff.) und auch in dem deutschen bürgerlichen Prozefs. Aus diesem Grunde ist der Redekunst wieder ein gröfseres und dankbareres Feld ihrer Arbeit eröffnet; die logische und rhetorische Thätigkeit der Gerichtsredner ist nicht vollständig von allen Schranken befreit, vielmehr giebt es auch da, wo die Beweiswürdigung eine freie ist, immer noch ein Beweisrecht, aber mehr formaler Natur für die Voraussetzungen des Gebrauchs von Beweismitteln. Es läfst sich nicht bestreiten, dafs auch die einzelnen Rechtsverhältnisse unter allgemeineren Gattungsbegriffen stehen und dafs Erfahrungssätze bei ihnen immer wieder anwendbar werden, da ja unser ganzes System der Beweise auf der Erfahrung beruht.

Diese ist im wesentlichen Zusammenhangs- besonders Kausalitätserfahrung, die eine auf der mehrfach beobachteten Wiederkehr des Zusammenhangs der Dinge im menschlichen Denken und Thun beruhende ist, welche gewisse Regeln der gewöhnlichen Erscheinungen von Ursache und Wirkung, Grund und Folge, Bedingung und Bedingtheit, der begleitenden Umstände u. s. w. ergiebt, nach denen die Einzelerscheinung durch Vergleichung und unter Würdigung ihrer Eigenartigkeit bemessen und abgeschätzt wird. Aus der hierbei sich ergebenden Möglichkeit wird diejenige

tibus ejus, tum ex nota, tum ex iis rebus, quae quodam modo affectae sunt ad id, de quo agitur: extrinsecus autem ea ducuntur, quae absunt, longeque disjuncta sunt. Ad id totum, de quo disseritur tum definitio adhibetur, tum partium enumeratio, tum notatio, cum ex vi verbi argumentum aliquod elicitur.

Ducuntur etiam argumenta ex iis rebus, quae quodam modo affectae sunt ad id, de quo quaeritur. Sed hoc genus in plures partes distributum est, nam alia conjugata apellamus, alia ex genere, alia ex formula; alia ex similitudine, alia ex differentia, alia ex contrario, alia ex adjunctis, alia ex antecedentibus, alia ex consequentibus, alia ex repugnantibus, alia ex causis, alia ex effectis, alia ex comparatione majorum aut parium aut minorum etc. Quae autem extrinsecus assumuntur, ea maxime ex autoritate ducentur. Ferner Cicero de oratore II. 41.: His igitur locis in mente et cogitatione defixis et in omni re ad dicendum posita excitatis, nihil erit, quod oratorem effugere possit, non modo in forensibus disceptationibus, sed omnino in ullo genere dicendi.

für die Schlufsfolgerung gewählt, welche nach verständiger Erwägung dem Sachverhalt am meisten zu entsprechen scheint, indem sie der Wirklichkeit am nächsten liegt, also welche die meiste innerliche Wahrscheinlichkeit im Fragefall für sich hat*). Die Berechtigung der „individuellen Verschiedenheit" der Rechtsfälle verbietet eine Einengung der Entlehnung von Beweisgründen aus im voraus bestimmten allgemeinen Gesichtspunkten, wie sie von der Rhetorik der Alten versucht worden ist, ebenso wie die gesetzliche Aufstellung von Beweisregeln für die Beweiswürdigung.

Der Beweiswert der Beweisgründe ist und kann auch nur ein subjektiv und relativ wandelbarer, also nicht in feste Grenzen der Abschätzung durch Satzungen zu bannender, sein und für jeden ihn Abschätzenden ist dessen Erfahrungsvorstellung mafsgebend; in der Übereinstimmung einer Mehrheit solcher Erfahrungsvorstellungen beruht die Gewähr ihrer Richtigkeit als Mafsstab für das richterliche Ermessen in der Beurteilung. Die Erkenntnis jener ist für den Gerichtsredner eine Bedingung einer erfolgreichen Verwendung von Beweisgründen nach jenem Mafsstab.

4. Die Natur der Rechtsfälle bringt es mit sich, dafs die Beweisführung sich vorzugsweise und am meisten auf Thatsachen (ungewisse oder zweifelhafte) und unter diesen wieder auf menschliche Handlungen von Rechtserheblichkeit erstreckt, auf Feststellung von Thatbeständen**). Die Bildung der richterlichen Überzeugung von dem Bestehen jener Thatsachen geschieht nicht viel anders als im alltäglichen Leben der gesunde

*) Vergl. des Verf. Abhandlung: „Beweisregeln und Entscheidungsgründe im Strafprozesse" in Goltdammers Archiv Bd. VIII. S. 461=488. S. 591—608. IX. S. 13—23. S. 234—240 und S. 370—378. Rupp, der Beweis im Strafverfahren, 1884, S. 5—99.

**) Die Prozefsordnungen beschränken die „Beweisaufnahme" und „Beweiswürdigung" auf „thatsächliche Behauptungen," z. B. §§ 255 u. 259 der deutschen Z.-P.-O. u. §§ 205, 245, 249 der deutschen St.-P.-O., wo übrigens „Beweisaufnahme" und „Beweiserhebung" gleichbedeutend sind. Sehr richtig bemerkte schon Keller, römischer Zivilprozefs, S. 27, dafs die gröfste Zahl der Rechtsstreite ihren Grund in einer Verwirrung der ökonomischen Verhältnisse der Litiganten habe; in deren Aufklärung besteht meist die Hauptschwierigkeit der Prozesse, welche, zumal in den vor den Amtsgerichten in erster Instanz verhandelten Sachen, oft erst in der Berufungsinstanz zu erreichen gelingt.

Verstand gewissenhafter Leute dazu gelangt; die bewufste und gewollte Unterordnung der als festgestellt angenommenen Thatsachen unter die Rechtsbegriffe, die Übung darin, sowie in der Rekonstruktion des Bildes der Handlungsvorgänge in der Vorstellung, sind allein die Besonderheit, welche den Richtern namentlich von Beruf eigentümlich ist, wovon Laienrichter, wenn sie ständige sind (Schöffen), sich immer noch mehr anzueignen vermögen als zu vereinzelten Richtergeschäften vorübergehend berufene (Geschworene). Hierin liegt der Mafsstab für den Umfang, die Art und die Form der Beweisführung.

Die Thatsachen werden durch Sinneswahrnehmungen der richterlichen Erkenntnis zugänglich, und zwar durch unmittelbare und mittelbare; je weniger Vermittelungen dazu notwendig sind, desto zuverlässiger sind die Vorstellungen von dem Geschehensein und dem inneren Zusammenhang einer Reihe von Thatsachen, welche den Thatbestand des Rechtsfalles bilden; jemehr aber sich Mittelglieder zwischen die Vorgänge und die Wahrnehmung davon einschieben, desto trüglicher ist die Vorstellung von der wirklichen Beschaffenheit der Thatsachen, weil die Gesamtvorstellung von dem Geschichtsbild sich erst aus einer Reihe von Einzelvorstellungen zusammensetzt, die auseinander hervorgehen oder neben einander bestehen (Ursachen-, Begleit-, Bedingungsverhältnisse). Die Vermittelungen der richterlichen Wahrnehmungen, welche bestimmte Vorstellungen von Thatsachen erzeugen, sind die Beweismittel im engeren und zwar juristischen Sinn. Die hieraus geschöpften Sinneswahrnehmungen, an welche sich Gedankenverbindungen und Schlufsfolgerungen nach menschlicher Zusammenhangserfahrung anknüpfen, geben der Vorstellung bestimmte und mehr oder weniger klar abgegrenzte Anschauungsbilder, welche sich zu einem Gesamtbild vereinigen, und je weniger dasselbe Lücken enthält, desto vollständiger ist die Grundlage für die Beurteilung der Thatbestände, desto mehr ist bewiesen, desto vollständiger und ausgiebiger sind die Gründe, welche analogisch die Prüfung und Erwägung aus der Gesamtvorstellung für die Beurteilung und für deren Ergebnis, die Überzeugung und Entscheidung, unterbreiten kann. Möglichste Erschöpfung der Beweisergebnisse zur Auffindung von

Beweisgründen für die Feststellung von Thatsachen und Annahme ihres Bestehens ist das Ziel der Aus- und Beweisführung seitens der Gerichtsredner*). Daran erst schliefst sich die Rechtsausführung, welche unter Umständen auch einer Beweisführung bedarf, sofern die Streitfrage hierüber nicht vorausgestellt worden war. Vergessen dürfen wir nicht, dafs die Aus- und Beweisführung sich streng an die Aufstellung der Streitfragen anzuschliefsen hat und die Einteilung dieser als Richtschnur nehmen mufs, wie in den beiden vorausgehenden Paragraphen ausführlich darzulegen war.

§ 36.

B. Beweisgegenstand und Beweislast.

1. Gegenstand des Beweises i. w. S. kann nur dasjenige sein, was ungewifs oder zweifelhaft, insonderheit bestritten ist und deshalb noch einer Feststellung zur Gewinnung der Überzeugung von der Richtigkeit der fr. Behauptung bedarf**). Man

*) Auf die Erreichung dieses Zieles soll die „Sach- und Prozefsleitung“ des Vorsitzenden innerhalb der dafür von den leitenden Prozefsgrundsätzen und den Gesetzbestimmungen vorgeschriebenen Grenzen ebenfalls hinarbeiten; vergl. Uhde in Busch's Zeitschrift für Zivilprozefs. Bd. V. S. 303 ff.: „Zur Lehre von der Sach- und Prozefsleitung.“

**) Glaser, Beiträge zur Lehre vom Beweise im Strafprozefs, Leipzig 1883. Zwecklos würde eine Beweisführung über Dinge sein, deren Gegenteil im Erfahrungswissen feststeht, über undenkbare und nach allgemeinen Gesetzen der Natur und des menschlichen Denkens und Handelns unmögliche Gegenstände (Wunder), ferner über offenkundige oder allgemeinbekannte und anerkannte Dinge, weit verbreitete Annahmen, bez. welcher jedoch bei angeregten Zweifeln über die Allgemeingiltigkeit das Gericht die Pflicht haben mag, die Feststellung der letzteren zu veranlassen. Es giebt aber auch Gegenstände, welche nicht bewiesen werden sollen, indem sie durch Gesetz dem Beweise entzogen sind, durch Aufstellung der Rechtsvermutungen — praesumtio juris und de jure, besonders im Gebiete des bürgerlichen Rechts, sehr selten auf dem des Strafrechts und des Strafverfahrens; vergl. deutsches St.-G.-B. § 190, österreich. St.-G.-B. § 490, deutsche St.-P.-O. § 244 u. § 53 vergl. mit § 151 Z. 2 der österreich. St.-P.-O. Als vorläufig entbehrlich erscheint der Beweis von Thatsachen, welche vermutet werden, gewissermafsen bei einer prima facie evidence, wie im englischen Beweisrecht, wobei auf der Übereinstimmung einer Wahrnehmung mit der Erfahrung aus dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge eine vorläufige Annahme beruht, also Wahrscheinlichkeit als Grund für sich hat (s. g. „Interimswahrheit“ eine „anticipatio judicii de rebus incertis ex eo, quod plerumque fit, percepta“). Die Vermutung mufs überall in der Zusammensetzung einer Beweiskette zu Hilfe kommen, weil sie sich auf die Lebenserfahrung von dem Zusammenhang der Dinge stützt; z. B. darauf, dafs jemand nicht leicht oder ohne besonderen Grund sich selbst in Nachteil versetzen wird, beruht die regelmässige Beweis-

soll daher nicht zum Gegenstand der Beweisführung machen, was an sich oder nach den Beweisergebnissen aufser allem Zweifel steht; ein Redner, der trotzdem es versuchen wollte, insoweit eine Beweisführung zu unternehmen, würde vom Gegner sich den Einwand oder vom Vorsitzenden des Gerichts die Unterbrechung dahin gefallen lassen müssen, dafs die aufgestellte Streitfrage nicht bestritten oder aufser Zweifel sei. Indessen darf andererseits der Parteiredner auch nicht zu leicht, falls doch ein entfernter Zweifel über die Beweisbedürftigkeit bestehen sollte, darüber stillschweigend oder mit einer kurzen Bemerkung, dafs der erwähnte Punkt wohl nicht in Zweifel zu ziehen, hinweggehen, da ein solches Übergehen für seine Sache von bedenklichen Folgen sein könnte. In den strafprozessualischen Verhandlungen ist das weniger gefährlich, weil hier nach der Offizialmaxime seitens des Gerichts auf den übergangenen Punkt von Amtswegen bei der Sachprüfung noch näher eingegangen werden kann, dagegen im bürgerlichen Rechtsverfahren ist wegen der dieses beherrschenden Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime das Gericht nicht gehalten, eine unterlassene Beweisführung zu ergänzen, indem es sich mit dem Parteivorbringen, wie es und in welchem Umfang es vorgetragen ist, zu begnügen hat. Daher wird es sich empfehlen, falls der Redner einen Zweifel haben sollte, sich nicht auf die Prozefsleitung des Vorsitzenden, der sonst bei einiger Achtsamkeit von dem Sachreferenten unterstützt den Redner darauf aufmerksam machen kann, dafs etwas von ihm als feststehend Angenommenes wohl noch nicht unter den Parteien als solches festgestellt sei, zu verlassen, sondern schon in den Verhandlungen darauf bedacht zu sein, die etwa noch beweisbedürftigen Punkte durch Befragung des Gegners, ob er sie bestreite oder einräume, als solche zu bezeichnen oder als feststehende, etwa mit der Bemerkung: „das und das werde wohl nicht bestritten,“ worin eine mittelbare Aufforderung zum Widerspruch liegt, besonders her-

kraft des Geständnisses, ferner auf der Erfahrungsregel, dafs der Mensch eher geneigt ist, wahr zu reden, als zu lügen, die Beweiskraft des Zeugnisses. Das Streben nach Feststellung der Wahrheit läfst einen verständigen Menschen sich jedoch nicht bei der blofsen Vermutung beruhigen, wenn er ein endliches Urteil abgeben soll; er verlangt entweder ihre Bestätigung oder Widerlegung durch Hinzutreten verstärkender oder abschwächender Beweisgründe.

vorzuheben; dadurch wird wenigstens vermieden, dafs etwa die Schlufsreden durch nochmalige Anträge auf Beweisergänzung unterbrochen werden müfsten.

Je nachdem eine aufgestellte Streitfrage, welche den Gegenstand der Diskussion bildet, dem im § 34 unter 1 oder dem unter 2 erwähnten Gebiete angehört, hat die Beweisführung sich hierauf zu erstrecken und zwar ist sie bei einer grössereren Mehrheit von Streitfragen, nach einem Überblick über die Aufstellung und Aneinanderreihung derselben, gleich mit jeder zu verbinden, ehe zu der folgenden und den weiteren übergegangen wird.

a. Rechtsbegriffe sollen nach der juristischen Beweislehre nicht Gegenstand der Beweisführung sein, nach einer allgemeinen Regel auch nicht Rechtssätze, welche, mit gewissen Einschränkungen*), ebenso wie jene dem Richter bekannt sein sollen. Allein es mag wohl im allgemeinen daran festgehalten werden, dafs nur die von den rechtlichen Folgerungen losgelösten reinen Thatsachen zu beweisen seien; jedoch oft ist es ganz unmöglich und daher von der Praxis nachgelassen, den Beweis, anstatt auf die reine Thatsache zu beschränken, auch auf Rechtsbegriffe, z. B. Kauf, Pacht, Verjährung u. dgl. zu erstrecken; ja es ist sogar oftmals da, wo Rechtsbegriffe selbst streitig rücksichtlich einzelner Merkmale sind, die Beweisführung hierauf zu richten, wenn jene selbst zur Streitfrage gemacht werden müssen, zumal gar nicht selten die Thatsachen untrennbar von Rechtsbegriffen geworden, also zu wirklich juristischen herangebildet sind, z. B. bei der Notwehr, dem Notstand u. a. m. Bei dem Beweis von Rechtssätzen handelt es sich hauptsächlich um ihre thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsbestandes, wie z. B. um das verfassungsmäfsige Zustandekommen, um Publikation der Gesetze, um ihr Geltungsgebiet u. s. w. Die Beweisgründe sind hier dem

*) Ausländische Rechtssätze, Gewohnheits- und Sonderrechte braucht der Richter nicht zu kennen und deren Bestehen bedarf insoweit einer Beweisung, falls er sie sich nicht selbst zur Kenntnis zu bringen für seine Pflicht oder sein Recht erachtet. S. Endemann a. a. O. § 179. B. 1. Vergl. deutsche Z.-P.-O. § 265: „Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittelung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zweck einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.“

Staatsrecht und den Gesetzgebungsmaterialien (Motiven, Kommissions- und Land- bez. Reichstagsverhandlungen oder sonstige Mitwirkung der Gesetzgebungsfaktoren, Sanktion u. dgl. m.) zu entlehnen, ähnlich bei dem Beweise von Sonderrechten aus der geschichtlichen Veranlassung und der statutarischen oder landesherrlichen Bestimmung, wobei die Urkunden und äufseren Geltungsformen die Beweismittel sind zur Schöpfung der Erkenntnis ihres Inhaltes aus der Sinneswahrnehmung (durch die Anschauung), während die Erkennung der Gewohnheitsrechte aufser durch Urkunden, besonders durch Aussagen von Zeugen vermittelt wird, aus denen die Beurteilung sich die Merkmale und Bestandteile eines Rechtssatzes mittels Schlufsfolgerung und juristischer Konstruktion zusammenzustellen hat, also insoweit verfährt wie ein Gesetzgeber bei dem Aufbau von Gesetzen. Selbstverständlich müssen die Unterlagen zur Beweisführung schon in dem Beweisverfahren festgestellt worden sein, um sie zur mündlichen Aus- und Beweisführung für das Bestehen des zur Streitfrage genommenen Rechtssatzes benutzen, d. h. aus ihnen die Argumente entnehmen zu können *).

Ganz ähnlich sind Gegenstand der Beweisführung auch andere Normen aufser den Rechtssätzen, welche für die Regelung von Rechtsverhältnissen mafsgebend sein sollen; dahin gehört die lex contractus und lex testamenti, oder sonst in Frage kommende Willensbestimmungen, welche zweifelhaft oder bestritten sind. In dieses Gebiet gehören aber auch, mangels bestimmter, von Menschen aufgestellter Normen, Vernunftgebote, deren Geltung eine besonders schwierige Beweisführung a priori und a posteriori erfordert, wobei die Rhetorik vor der juristischen Deduktion den Vorrang behält **).

*) Deutsche Z.-P.-O. §§ 255 ff. Die eigentliche Rechtsausführung wird gewöhnlich erst in der Schlufsverhandlung erfolgen; bis dahin kann ja successiv immer noch neues Material nach §§ 251, 253 u. 256 in die Verhandlung eingeführt werden, und es steht nichts entgegen, schon vorher alles andere so vollständig zu verhandeln, dafs im Schlufstermin auch nur das Plaidieren über die Beweisaufnahme über die thatsächlichen Behauptungen übrig bleibt; s. Endemann, Kommentar II. S. 69.

**) Insoweit kann man hier, wie Heusler, Grundlagen des Beweisrechts, im Archiv, a. a. O. Bd. 62, S. 209 ff. unterschieden hat, von einer „dialektischen" Beweisführung und Begriffsanalyse, welche unter den Gesetzen der Logik ausschliefslich stehe und allein einen zwingenden Beweis (Gewifsheit)

b. Thatsachen und faktische Verhältnisse sind am meisten Gegenstand des Beweises und die Beweisführung dreht sich auf Grund der Ergebnisse dieses um die Behauptungen ihres Bestehens oder Nichtbestehens im Anschlufs an die zur Streitfrage erhobene Einzelbehauptung. Was davon nicht zweifelhaft oder nicht bestritten ist, bedarf keines Beweises und folgeweise keiner Beweisführung und die in der Vorstellung feststehenden Thatsachen sind blos unter das Gesetz oder eine sonstige normgebende Satzung unterzuordnen.

α) Im bürgerlichen Rechtsverfahren entfallen jeder weiteren Beweisführung Thatsachen, welche durch eine dispositive Anerkennung — confessio in jure — erledigt sind, sowie Behauptungen, welche infolge der Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime und des Versäumnisverfahrens durch ausdrückliches oder gesetzlich angenommenes Zugeständnis des Gegners formell als wahr gelten*); desgleichen solche Umstände brauchen nicht noch bewahrheitet zu werden, welche zwar bestritten sind, bezüglich welcher aber nach gesetzlicher Bestimmung ein Beweis erspart werden soll, nämlich im Fall der Notorietät**), der Präsumtion und der Fiktion und überall, soweit der Richter von Amtswegen den Beweis erheben darf.

Die für den Klage-, Einrede- u. s. w. Anspruch rechtserheblichen Thatsachen, welche unter den Parteien bestritten sind, verbleiben für sie nach ihrer eigenen Bestimmung sonach Gegenstand der Beweisung und die Zergliederung derselben in einzelne Streit- bez. Thatfragen liegt den Parteien allein ob, während der Richter die Pflicht hat, ihnen zu erkennen zu geben, was er davon bewiesen haben will — judici fit probatio —

bringe, reden, im Gegensatz zum historischen (direkten und kritischen oder durch Schlufsfolgerung aus anderen Thatsachen sich vollziehenden); jener gehe darauf hinaus, die Überzeugung von der Wahrheit eines Gesetzes, das eine ganze Gattung einzelner Thatsachen in abstracto beherrsche, hervorzubringen und sei Beweis der Thatsache in thesi (Lehrsatzbeweis), letzterer aber Thatsachenbeweis selbst.

*) Vergl. deutsche Z.-P.-O. §§ 129, 217, 220, 221, 286, 316, 329 u. § 261—263; das Geständnis hat Thatsachen zum Gegenstand, das Anerkenntnis aber einen Anspruch; jenes ist nicht Beweismittel, sondern „Dispositionsakt,“ d. h. eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Verfügung über das streitige Recht.

**) Deutsche Z.-P.-O. § 264 u. betreffs der Präsumtionen vergl. Motive S. 212. E.-G. § 16 Nr. 1 und Z.-P.-O. § 402.

(früher Beweisinterlokut, jetzt Beweisbeschlufs und Eidesauflagen, sowie Ausübung der Prozefsleitung besonders durch das Fragerecht)*).

β) Im Strafverfahren ist die Verschuldung an einer strafbaren Rechtsverletzung mit ihren Rechtsfolgen, nach Feststellung der diese ausmachenden Thatsachen (des objektiven Thatbestandes), der Hauptgegenstand des Beweises und folgeweise der Beweisführung; jene ist es, welche in behauptender oder verneinender Weise die regelmäfsige Streifrage ausmacht. Aus Wahrnehmung läfst sich die Schuld nicht feststellen wie der äufsere Thatbestand des Verbrechens, welcher durch eigene Wahrnehmung des Richters am vollständigsten, sonst aber durch Aussagen anderer über ihre Wahrnehmungen (Zeugnis) oder durch Schlufsfolgerungen aus derartigen Aussagen und aus Wahrnehmungen von Thatsachen, die auf das Verbrechen hinweisen (Anzeichen, Indizien), oder teilweise durch Geständnis des Angeklagten und durch sachverständige Beurteilung von Thatsachen, deren Würdigung besondere Fachkenntnisse erfordert, zur Erkenntnis gebracht wird; vielmehr ist die Schuld nur aus den Umständen der That und dem Verhalten des derselben Bezichtigten, zu folgern**) und aus dem Geständnis nur nach Feststellung seiner Glaubwürdigkeit. Die Offizialmaxime und das Gebot der Erlangung einer möglichst realen, d. i. der Wirklichkeit entsprechenden, sie möglichst deckenden Vorstellung von ihrem Geschehensein

*) Dem materiellen Recht dient der s. g. Beweis per aequipollens d. h. solcher Thatsachen, welche anstatt der zuerst zum Beweis verstellten substituiert werden, aus denen jedoch dieselben Rechtsfolgen wie aus jenen entstehen; z. B. nach der deutschen Z.-P.-O. § 490, sind in der Berufungsinstanz derartige „Parallelen" oder „Ersatzbeweise," wie man sie auch nennen darf, zulässig; insofern kann eine Veränderung in dem Gegenstand des Beweises eintreten.

**) Der Beweis der einen oder anderen Art der Verschuldung (dolus oder culpa) bildet einen Teil des Anschuldigungsbeweises; nur wenn der Ankläger den dolus behauptet und der Angeklagte diesen bestreitet, aber culpa zugiebt, kann zur Ausschliefsung jenes der Beweis fahrlässigen Handelns seitens der Verteidigung entgegengesetzt werden. Einer ausdrücklichen Feststellung der Zurechnungsfähigkeit bedarf es nicht, weil diese die Regel bildet; eine Rechtsvermutung dafür giebt es nicht und an dem Beweis der behaupteten Ausnahme hat der Ankläger ebenso wie der Verteidiger ein Rechtsinteresse. Schuldvermutungen aus dem Beweis des objektiven Thatbestandes, welche nur durch einen Gegenbeweis entkräftet werden können, sind leider in einer Anzahl von einzelnen Strafgesetzen des deutschen Reiches aufgestellt; s. Binding, Die Normen II. S. 612 ff.

und Bestehen bei dem Richter bedingen eine viel weiter reichende Thätigkeit der Wahrheitsermittelung als im bürgerlichen Rechtsverfahren und daraus ergiebt sich auch, dafs die Mitwirkung der Parteien dazu eine weittragende ist. Das Gebiet der Beweisführung umfafst daher eine grofse Reichhaltigkeit von Thatsachen und eine dem entsprechende Menge von Schlufsfolgerungen in ihren Stufenreihen von der Möglichkeit zur Wahrscheinlichkeit und zur Gewifsheit, die zu erzielen, die höchste Aufgabe jedes Strafprozesses ist, nicht eine apodiktische, welche das Gegenteil absolut ausschliefst, sondern eine s. g. juristische (historische), welche eine so hohe Wahrscheinlichkeit in sich birgt, „dafs es unvernünftig wäre, der entgegengesetzten Annahme zu folgen, da deren Richtigkeit eine höchst unwahrscheinliche Ausnahme von dem erfahrungsmäfsigen (durch Induktion feststehenden) allgemeinen Verlauf der Dinge zur Voraussetzung hätte*).“ Hierdurch tritt das Strafverfahren auch in einen grundsätzlichen Gegensatz zum bürgerlichen Prozefs, der sich als mündlicher in Deutschland einer erheblicheren Abschwächung der den s. g. gemeinen Prozefs beherrschenden Verhandlungsmaxime, recht sehr zum Nutzen und Frommen einer gerechten Rechtspflege, erfreut, immerhin aber sich noch oftmals, selbst ungeachtet der in der Prozefsleitung des Vorsitzenden verhüllt liegenden Befugnis, dem realen (s. g. materiellen) Recht zur Geltung zu verhelfen, mit der formalen oder relativen, aus der Hand der Parteien erhaltenen Wahrheitsermittelung begnügen mufs, so dafs der Gegenstand der Beweisermittelung eben einer weitergehenden richterlichen Thätigkeit entzogen wird und die richterliche Erkenntnis sich selbst Fesseln anlegen mufs, obschon sie der Wirklichkeit durch Vermutungen schon ziemlich nahe getreten ist, die sie jedoch gegenüber den Parteivorbringen zu unterdrücken hat, weil die Parteien allein über die Grenzen und den Umfang derselben zu verfügen haben (Dispositionsmaxime).

Eine Sonderung des Gegenstandes des Beweises liegt in Fol-

*) Geyer a. a. O. S. 693. Die Anklage mufs sich, wenn sie haltbar sein soll, auf Gewifsheit stützen; die Verteidigung hingegen kann auf Wahrscheinlichkeit ihrer Behauptungen, welche jene Gewifsheit aufhebt oder abschwächt, sich stützen — favor defensionis; vergl. Frydmann a. a. O. S. 192.

gendem. Mit der Einführung des kontradiktorischen Verfahrens im Strafprozefs (s. g. Anklageprozefs) hat die im Untersuchungsprozefs ziemlich verschmolzene Teilung des Beweises in Be- oder Entlastungs-, oder Anschuldigungs- und Entschuldigungsbeweis wieder eine grössere Bedeutung durch die Organisation der Prozefsfunktionen erhalten, in dem dafür bestimmte Träger (Ankläger und Verteidiger) eingesetzt worden sind als „Beteiligte" am Prozefs. Darüber mehr im folgenden Absatz 2 a. β).

2. Die Beweislast ist die Verbindlichkeit zur Beweisführung (sowohl der Beweismittelangabe bz. Beweisantretung, als auch der Ausführung der Beweisgründe). In der Natur jedes Rechtsanspruches, mag er durch Angriff oder durch Abwehr erfolgen, liegt es, dafs jeder, der einen solchen Anspruch geltend macht, auch die thatsächlichen Voraussetzungen darzuthun hat, wenn er einen Rechtssatz für sich zur Geltung bringen will, also der Kläger die Voraussetzungen seiner Klage, der Beklagte die seiner Einreden u. s. w.*). Im rein mündlichen Rechtsverfahren gestaltet sich die Beweisführung, wie auch schon die Beweiserhebung, als eine einheitliche Partei- und Richterthätigkeit, indem das, was beide Teile vorbringen, zu einem ungeteilten Beweisganzen für die Prüfung der formellen Wahrheit verschmilzt. Die Beweislast beschränkte sich früher wesentlich auf die Verteilung des Beginnens mit der Beweisführung**); im schriftlichen Prozefs aber wurde sie erweitert und richterlich festgesetzt. Anders im mündlichen, neueren Prozefs: die Parteien können sich darüber einigen, in welcher Weise sie die Beweisführung absatz-

*) Die Folge des non liquet ist im Prozefs wegen der gegenüberstehenden Rechtsansprüche, dafs zu Gunsten des Gegners entschieden werden mufs, während auf anderen Gebieten der Beweisführungen wegen des non liquet noch nicht die Unrichtigkeit der zu beweisenden, aber nicht bewiesenen Behauptung oder die Richtigkeit der Gegenbehauptung angenommen zu werden braucht; dort gilt der Satz: actore non probante absolvitur reus und ebenso actor reo non probante absolvitur ab exceptione.

**) Dafs im römischen Recht das onus probandi nur die Bedeutung der „Initiative" des Beweisens gehabt habe, wie noch im englischen Prozefs, wer entlitled to begin, weist nach Endemann, die Beweislehre des Zivilprozesses, 1860, S. 12 u. a. a. O. S. 670. Nach dem Grundsatz der „Beweisverbindung" und der „Reihenfolge" werden die in einem Bedingungsverhältnis stehenden Parteihandlungen nach den Gesetzen der Logik und durch die Prozefsleitung des Vorsitzenden geordnet werden.

weise unter sich verteilen wollen, z. B. dafs erst über einen vorentscheidenden Punkt plaidiert, dann zur Beweisführung rücksichtlich anderer Vorfragen übergegangen und so weiter zur Ausführung der Hauptansprüche fortgeschritten wird, oder es kann dies durch die Prozefsleitung angeordnet werden; es handelt sich dabei nur um zweckmäfsige Verteilung der Beweisausführungen nach logischen Anhaltepunkten, um die Übersicht durch Kombination alles innerlich Zusammengehörigen zu erleichtern, gewissermafsen um eine „Zusammenlegung" aus ökonomischen Rücksichten für eine klare Darstellung und ein leichteres Verständnis *).

a. Der deutsche Zivilprozefs kennt in jeder Instanz nur eine mündliche, nicht in Abschnitte zerlegte Verhandlung, wenn sie auch in mehrere Termine zerfallen kann, worin grundsätzlich das Prozefsmaterial im ganzen Umfange zu verhandeln und von denen der letzte vor dem Endurteil die entscheidende Verhandlung ist; von Erhebung der Klage bis hierher umfafst die mündliche Verhandlung die gesamte Thätigkeit der Parteien, des Gerichts und dritter Personen (Auskunftspersonen) und bis zum Schlusse der letzten Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, können innerhalb der für Ausnahmen geordneten Schranken alle Rechtsbehelfe in das Verfahren eingeführt werden. Mit den Behauptungen sind die Beweise anzubieten, d. h. die „Beweisantretung" ist durch Angabe einzeln zu bezeichnender Beweismittel zu bewirken, deren jede Partei sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will („Beweisverbindung"), und gleichzeitig ist eine Erklärung über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel abzugeben **). Beweiserbringungen werden nicht auferlegt oder nachgelassen,

*) Es steht auch nach § 256 der deutschen Z.-P.-O. nichts entgegen, in verwickelten Fällen das Plaidoyer zunächst auf die Behauptungen und Erklärungen zu beschränken und die Beweisantretung mit den daran sich knüpfenden Erklärungen an das Ende der mündlichen Verhandlung zu verlegen, wodurch die Übersichtlichkeit erleichtert wird; vergl. v. Bülow, Komment. Anm. 8 zu § 255 Z.-P.-O. s. aber § 252 das.

**) Von einem förmlichen Gegenbeweis, welchen Ausdruck die deutsche Z.-P.-O. sichtlich vermieden hat, indem sie vom „Beweis des Gegenteils" oder „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen" spricht, kann im mündlichen Prozefs keine Rede sein, man kann nur rücksichtlich der Beweisführung durch Gründe von einem (direkten und indirekten) Gegenbeweis reden. Vergl. die Gesetzesmotive.

wie sonst in dem Beweisinterlokut, sondern nur von den Parteien angebotene werden von dem Gericht zugelassen, welches aus den bestrittenen thatsächlichen Behauptungen heraussucht, was ihm rechtserheblich erscheint, und die zur Begründung und Widerlegung angebotenen Beweismittel erhebt und die Beweisergebnisse aufnimmt*). Die Parteien haben sich selbt die Beweislast aufzuerlegen, d. h. sie müssen wissen, was sie von ihren Behauptungen zu beweisen haben; das Gericht regelt die Beweislast im heutigen Prozefs nicht mehr, es ist wohl berechtigt sie zu prüfen, aber nicht dazu verpflichtet, selbst die Auflage eines richterlichen Eides ist nicht von der Beweislast abhängig**). Allerdings können Parteien durch unrichtige Auffassungen von der Rechtserheblichkeit einer Thatsache oder von der Beweislast, obgleich sie Beweise zu erbringen vermöchten, ihr gutes Recht verlieren; z. B. wenn eine Thatsache als erheblich angesehen wird, bezüglich welcher aber die nicht für beweispflichtig erachtete Partei Beweis angeboten hat, so kann das Gericht von jeder Beweisaufnahme abstehen und die Entscheidung in der Sache geben — falls nicht nach §§ 130, 131 Z.-P.-O. in einem solchen Falle der Vorsitzende mittels des (nicht obligatorischen) Fragerechts die beweispflichtige Partei zur Angabe von Beweismitteln für die fr. Behauptung veranlasst und so zu dem Sieg des materiellen Rechts verhilft; äussersten Falles erst würde das Recht der Nova aus § 491 Z.-P.-O. in der Berufungsinstanz aushelfen müssen.

*) Deutsche Z.-P.-O. §§ 251—258 u. 130, 133—135. Motive S. 32: „Das Gesetz, nicht das Gericht, sagt den Parteien, was von ihnen behufs Durchführung ihrer Ansprüche zu beweisen sei, und wer von ihnen dieses zu beweisen habe; wie das Gesetz, nicht das Gericht, die Parteien darüber belehrt, welche Behauptungen sie zur Begründung ihrer Ansprüche vorzubringen haben.“ Die Rechtslehre von der Beweislast ist von der Z.-P.-O. nicht berührt worden und gehört nach wie vor dem materiellen Recht an; vergl. K. Reinhold, Beiträge zur Lehre von den Einreden und der Beweislast, in Bd. 13 der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozefs (N. F.), 1856, S. 1—38 u. S. 157—205.

**) Der Beweisbeschlufs in § 324 Z.-P.-O. befafst sich nicht mit der Beweislast, wie das frühere Interlokut; daher ist auch nicht darin zu sagen, wer das und das zu beweisen habe, sondern das Gericht will noch für sich über das und das Beweis aufnehmen. Der Richter will daraus für und wider die Wahrheit der thatsächlichen Behauptungen einheitlich seine Überzeugung schöpfen, so dafs Beweis und Gegenbeweis in ein Ganzes verschmelzen; die Parteien beleuchten ohne Rücksicht auf eine solche Trennung des Beweises, jede in ihrem Interesse und ihrer Eigenart, die Fragen der Wahrheit durch

Dafs ein Verschieben oder Zurückschieben der Beweislast unter den Parteien leicht vorkommen kann und sogar als prozessualische Taktik geübt wird, ist bekannt, wie dies auch auf anderen Gebieten der Rhetorik vorkommt*). Es wird hier besondere Aufgabe der Redner sein, in den Schlufsreden das Gericht darauf aufmerksam zu machen, wenn eine Verschiebung der Beweislast seitens des Gegners unternommen worden sein sollte.

Wenn nun nichts bewiesen und eine Überzeugung des Gerichts nicht begründet worden sein sollte, so kommen die Grundsätze über Beweislast, wie sie das materielle Recht (das römische) bietet, zur Anwendung. Das Gericht wird in dem Endurteile dieses zur Anerkennung bringen: actore non probante reus absolvitur ab actione und actor reo non probante absolvitur ab exceptione. Darin liegt die Entscheidung über die Beweispflicht. Der Hauptsatz bleibt der oben erwähnte: bestrittene, wesentliche thatsächliche Voraussetzungen hat derjenige zu beweisen, welcher ein Recht geltend macht, der Kläger die seiner Klage, Replik u. s. w., der Beklagte die seiner Einrede, Dupliken u. s. w. Nur soweit diesen Rechtsbehelfen ein eigener Thatbestand**) zugrunde liegt, erfordern sie Beweis: Necessitas pro-

Darlegung und Widerlegung. Es bedarf selbst bei der Auferlegung eines richterlichen Eides (§ 437 Z.-P.-O.) keiner Entscheidung über die Beweislast, vollends nicht bei einem bestimmt überzeugenden Ergebnis der Beweisaufnahme. Endemann, Komment. II. S. 65.

*) Treffend bemerkt Whately-Hildebrand a. a. O. S. 44: „Es ist bemerkenswert, dafs man eine Präsumtion durch eine entgegengesetzte Präsumtion zurückschieben kann, so dafs man die Beweislast auf die andere Partei überträgt. Z. B.: Hätte man die Beseitigung eines Ausnahmegesetzes beantragt, so könnte man berufen werden, Gründe für diesen Abänderungsvorschlag anzuführen, und zwar darum, weil jeder Veränderungsversuch die Präsumtion gegen sich hat. Dagegen liefse sich gegründete Antwort geben: Wohl wahr, es giebt aber eine andere Präsumtion, die die erste aufhebt; jedes Ausnahmegesetz ist ein Übel an sich, und deshalb giebt es immer eine Präsumtion zu gunsten seiner Beseitigung so lange wenigstens, bis der Nachweis geführt wird, dafs sein Bestehen zur Vermeidung eines gröfseren Übels notwendig ist. Ich bin nicht verpflichtet, irgend einen besonderen Nachteil zu beweisen; ist das Ausnahmegesetz auch nur überflüssig, so ist das Grund genug, es aufzuheben, und seine Verteidiger sind verbunden, seine Notwendigkeit zu beweisen." Dafs durch starke Vermutungen die Beweislast verschoben werde, auch wenn zu deren Widerlegung der Beweis einer Negative nötig werden sollte, bezeugen Lehrer des ausgebildeten englischen Beweisrechts: Best und Stephen.

**) Eine einfache juristische Logik hat im einzelnen Fall von der blofsen Bestreitung der zur Begründung eines gegnerischen Rechts vorgetragenen thatsächlichen Behauptungen solche auszuscheiden, welche zur Erzeugung

bandi ei incumbit, qui agit (L. 21 de prob. 22. 3) und reus excipiendo fit actor; aber wer die positive Behauptung, nicht die Ableugnung, ausgesprochen hat, ist zum Beweis verpflichtet: ei, qui dicit, incumbit probatio (L. 12 de prob. 22. 3; L. 13 C. de prob. 4, 19). Unter Beobachtung der Verhandlungsmaxime und der Trennung der Parteihandlungen ist die Reihenfolge der Beweisführungen nach einer logisch-praktischen Ordnung aufrecht zuerhalten, z. B. eine in der Klage voraus gebrachte Replik bedarf des Beweises nicht eher als die Einrede, welche von ihr beseitigt werden soll, feststeht; andrerseits kann ein weitaussehender Klagebeweis erspart werden, wenn der Beweis einer zerstörenden Einrede in knapper Form die Loszählung des Beklagten von der Klage in Aussicht stellt. Es sind aus dem römischen Recht von der Doktrin s. g. Beweislastspräsumtionen neben den Beweispräsumtionen*) herausgebildet worden und zwar als allgemeine Regeln, um die Entscheidung über die Beweislast im einzelnen Fall entbehrlich zu machen; durch die Benutzung einer Rechtsvermutung für eine Behauptung oder Verneinung oder eine Wahrscheinlichkeit (mit der Wirkung, dafs der Behauptende u. s. w. des an sich sonst notwendigen Beweises dann überhoben werde, wenn er eine solche Präsumtion für sich habe) wurde die Beweislast auf den anderen Teil übergelenkt und jener in die bequeme Lage versetzt, die Führung des Beweises gegen die Rechtsvermutung abwarten zu können, da bis dahin der durch die Vermutung begünstigte Teil so angesehen wurde, als ob er bewiesen habe**). „Die Beweislastspräsumtion wird mithin nach der juridischen Beweislehre, und darin liegt ihre grofse Bedeutung,

eines Rechts erforderlich sind und ein selbstständiges „Thatsachenfundament“ enthalten; vergl. Endemann a. a. O. S. 683.

*) H. Burckhard, die „zivilistische Präsumtion,“ 1866, S. 144 ff. Nach § 14 Nr. 3 des E.-G. zur deutschen Z.-P.-O. sind alle gesetzlichen Präsumtionen, vermöge welcher der Richter genötigt war, eine Thatsache für mehr oder minder wahrscheinlich zu halten — s. g. Beweispräsumtionen — fortgefallen, z. B. die des preufsischen Landrechts. Vergl. die Beweispräsumtion in § 402 der deutschen Z.-P.-O.

**) Die Ansicht, dafs eine Präsumtion nicht die Beweislast von der einen Partei auf die andere verschiebe, sondern nur die beweispflichtige Partei berechtige, der eigentlich zu beweisenden Thatsache eine andere zu substituieren, und dadurch nur der Beweis erleichtert werde, ist von Reinhold in der Zeitschr. für Zivilrecht u. Prozefs, a. a. O. S. 184 ff. aufgestellt und ausgeführt worden; s. § 41 das Weitere.

wenn auch in der Regel nur vorläufig, d. h. bis zu ihrer Widerlegung, zum Beweissurrogat oder Beweis."

Die Rhetorik hat an der Ausbildung dieser Lehre einen gewissen Anteil zu verzeichnen. Sie empfiehlt von vornherein, die Zuhörer wissen zu lassen, auf welcher Seite die Präsumtion, auf welcher die Beweislast liege*). Die konkret-logische Prüfung der Beweispflicht wird im mündlichen Prozefs den Sieg über die allgemeinen Regeln, wie sie die legale Präsumtion für die Beweislast bei Behauptungen von Bedingungen und Nebenbestimmungen überhaupt, Beschränkungen der Aktionsfreiheit, Irrtum, Besitzfehler u. s. w. mit sich gebracht hat, davontragen und die Feststellung der Vorfrage, auf welcher Seite die Regel, oder wie man sagt, die Präsumtion und auf welcher die Pflicht der Ausschliesung derselben durch Beweis der Ausnahme liege, ist für jede Diskussion von grofser Bedeutung; denn wer die Regelannahme oder Präsumtion für sich hat und die gegnerischen Beweisgründe zu widerlegen vermag, hat wenigstens vorerst die Oberhand gewonnen und im Unterlassen ihrer Geltendmachung wäre ein Aufgeben der besten Beweisgründe, z. B. wer gegen eine ungerechtfertigte Anschuldigung des dolosen Handelns anstatt den Verläumder zum Beweise aufzufordern, sich selbst die Beweislast auferlegte, indem er die Negation zu beweisen unternähme, um seine Reinheit, für welche die Regelannahme oder Vermutung spricht, darzuthun, würde vielleicht gar den Verdacht des Schuldbewustseins gegen sich erregen.

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 39 versteht unter Präsumtion zu gunsten einer Annahme nicht ein Überwiegen vorexistierender Wahrscheinlichkeit ihrer Richtigkeit, sondern einen Vorbesitz des streitigen Gebietes, Giltigkeit der Annahme, bis genügende Gründe gegen sie vorgebracht sind; die Beweislast liege dem ob, der jene bestreiten wolle; z. B. der thatsächliche Inhaber einer Sache habe die Präsumtion der Rechtmäfsigkeit seines Besitztitels für sich und solle vermöge dieser solange ungestört besitzen, bis ein besserer Rechtstitel gegen ihn erstritten wird, und daher habe derjenige, welcher letzteres unternimmt, den Beweis gegen jene Rechtsvermutung zu führen. Die Freiheit des Eigentums, Unbeschränktheit des Handelns u. s. w., bestehende Einrichtungen hätten die Vermutung für sich. Jede Abweichung (Ausnahme) ist zu beweisen. Paradoxe Behauptungen, auch wenn sie wahr sind, müssen von dem, welcher gegen die herrschende Ansicht damit auftritt, bewiesen werden (παρὰ δόξαν); wird eine solche bewiesen, dann ist sie von um so grösserer Bedeutung, weil sie eine noch nicht anerkannte Wahrheit zur Geltung bringt, andernfalls ist sie unbeachtlich, und verdient dann Tadel, wenn sie unrichtig ist.

b) In dem Wesen des von der Offizialmaxime (s. g. Untersuchungsprinzip) beherrschten Strafverfahrens liegt es begründet, dafs die Beweislast, sich nicht so wie im reinen Privatklageprozefs verteilen läfst*). Daher ist im französischen, österreichischen und deutschen Strafprozefs, weil hier die Beweiserhebung vorzugsweise in der Hand der Staatsanwaltschaft und zwar auch zu gunsten des Angeschuldigten, und dann in der Hand des Gerichts liegt, in dieser aber fast ausschliefslich in der Hauptverhandlung die für das Urteil mafsgebende Beweisaufnahme ruht, dem öffentlichen Ankläger, nicht aber dem Angeklagten, eine Beweispflicht, letzterem nur eine Befugnis zu Beweisanträgen und zur Beweisführung, zugeteilt; unabhängig von der Erfüllung jener und der Ausübung dieser vereinigt das Gericht in seiner amtlichen Pflicht, die Wahrheit möglichst zu ermitteln und festzustellen, diejenigen Thätigkeiten, welche sonst die Beteiligten gesondert in ihrem Sonderinteresse vornehmen sollen und dürfen**). Die Parteien unterstützen in ihrem Interesse die amtliche Feststellung des Thatbestandes einer strafbaren Handlung und gründen dann auf die Ergebnisse der vereinten Thätigkeit ihre Ansprüche — vermöge ihres prozessualischen Rechts. Diese Pflicht des Gerichts, die Feststellung der für und wider vorgebrachten Beweismöglichkeiten zu bewirken, ist begrenzt durch die Erwägung, dafs solche, welche aufserhalb der gewöhnlichen Erfahrung liegen, auszuschliefsen sind und nur solche thatsächliche Behauptungen Gegenstand seiner Bemühungen sein werden, welche eine innere Wahrscheinlichkeit für sich haben und deren Erweisbarkeit aus

*) Im römischen Anklageprozefs war nach L. 25 C. de probationibus den Anklägern vorzugsweise die Beweispflicht auferlegt: Sciant cuncti accusatores, eam se rem deferre in publicam notionem, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita. Auch in der P.-G.-O. Karls V. Art. 47, 54, 62 ff. 143, 151 wird die Beweislast auf Ankläger und Angeklagten verteilt, doch soll der Richter dem letzteren bei der Erhebung des Entlastungsbeweises behilflich sein. Im englischen Strafverfahren gelten fast ganz dieselben Reegln bezüglich der Beweislast, wie im dortigen Zivilprozefs (burden of broof).

**) Vergl. deutsche St.-P.-O. §§ 158 Abs. 2, §§ 388 u. 405, sowie §§ 237 u. 243. Taktik der Verteidigung mufs es sein, den Beweis der Anklage zu entkräften, die Gewifsheit abzuschwächen, welche sie darthun mufs; hierin liegt meistenteils die Möglichkeit, einen Freispruch zu erlangen. Eine Beweislast des Gegenbeweises auf sich nehmen, wenn die Beweise dazu nicht ganz zuverlässig sind, ist nie zu raten.

gegebenen Anhaltepunkten möglich erscheint. Solche Anhaltepunkte aber müssen dem Gerichte von den Beteiligten gebracht werden*).

Es beruht auf gesetzlicher und allgemeiner Anerkennung, dafs die Statthaftigkeit jedes Strafanspruchs erwiesen sein mufs und zwar in allen (positiven wie negativen) Voraussetzungen, von welchen das Gesetz ihn abhängig macht; sie bilden den Gegenstand des Anschuldigungs- bez. Belastungsbeweises**). Bleibt eine zweifelhaft, so ist dieser Beweis mifslungen, der Strafanspruch wird unhaltbar, der Angeklagte ist freizusprechen. Insofern trifft den Ankläger die „materielle Beweislast," nicht den Angeklagten. In dubio pro reo! Aber nicht unter allen Umständen hat er einen Beweis der Abwesenheit von Entschuldigungsgründen da zu liefern, wo solche thatsächliah nicht angeregt sind. Den Angeklagten trifft daher die Beweislast bez. der prozessualen Einreden, der Strafaufhebungsgründe, sowie der Strafausschliefsungs- und Milderungsgründe und diese sind Gegenstand des Entschuldigungs- oder Entlastungsbeweises. Was ihm davon der öffentliche Ankläger abnehmen will, hängt von seinem richtigen Verständnis seiner Aufgabe im Dienste der Gerechtigkeit ab; die Grenzen der materiellen Beweislast sind für ihn nicht unüberschreitbar. Das Gericht ist auf seine Anregung verpflichtet, sie ihm ganz abzunehmen.

Dagegen von formeller Beweislast und einer beweispflichtigen Partei in dem Sinne, dafs die Nichterfüllung der Beweispflicht die Nichtberücksichtigung der fraglichen Thatsachen zur Folge haben würde und müfste, oder auch nur von einer Behauptungspflicht des Angeklagten kann im Strafverfahren nicht die Rede sein. Es liegt aber im Interesse jeder Partei, sich nicht auf die Beweisführung des Gegners zu verlassen, z. B. bei der Ausführung des Staatsanwalts zur Vorbereitung eines Freispruchs, auch nicht die Beweisaufnahme nur dem Gericht allein anheim zu geben, sondern die Gelegenheit wahrzunehmen, dem

*) Geyer a. a. O. § 205.

**) Frydmann a. a. O. S. 190 behauptet nicht ganz mit Unrecht, dafs es eigentlich nur einen Anschuldigungsbeweis gebe.

Sach- oder Parteiinteresse durch Mitwirkung zu dienen*). Man hat insofern von „faktischer Beweislast“ zum Nachteile desjenigen gesprochen, den die Folgen des Übersehens oder unrichtiger Beurteilung wahrscheinlich treffen; „denn es kann keine Thatsache im Strafprozefs zur Sprache kommen;, bezüglich deren nicht ein sachliches Interesse einer Partei in einer bestimmten Richtung und einer Gefährdung dieses Interesses durch einen etwaigen Mifsgriff des Richters anzunehmen ist; und insofern von der Annahme oder Nichtannahme einer bestimmten Thatsache die eine oder die andere Partei eine Gefährdung zu besorgen hat, erscheint bezüglich einer jeden solchen Thatsache die eine Partei als Beweis-Interessent, wenn auch nicht immer die eine als Beweisführer, die andere als Beweisgegner. Hieraus ergiebt sich dann der Gegensatz von Beweis und Gegenbeweis**).“

Hiernach umfafst der Anklage- oder Belastungsbeweis aufser den Gegenständen, welche die materielle Beweislast des Strafanspruchs bilden, die zur Entkräftung des (direkten oder indirekten) Gegenbeweises des Angeklagten gebrachten Beweise und den Gegenbeweis gegen die Verteidigungs- oder Entschuldigungseinreden, welche der Angeklagte zu beweisen hat; der Verteidigungs- oder Entlastungsbeweis begreift aber den Gegenbeweis gegen den Anschuldigungsbeweis, den Beweis der

*) Glaser a. a. O. B. §§ 4 u. 5. Wenn aus der Unterlassung des Gebrauches von gesetzlichen Befugnissen zur Ergänzung der richterlichen Wahrheitsermittelung einer Partei Nachteile erwachsen, so hat niemand Grund zu einer Beschwerde darüber; so z. B. wenn ein Angeklagter es unterlässt, Erklärungen abzugeben, welche seine Sache in das rechte Licht zu stellen vermögen, mufs er sich selbst zur Last schreiben, wenn ausser dieser Unterlassung, vielleicht ungeachtet einer Aufforderung an ihn, Folgerungen zu seinem Nachteil gezogen werden, z. B. bei dem Beweis des Vorsatzes, bei dem Besitz gestohlener Sachen. Es trifft dies namentlich bei dem gänzlichen Leugnen aller Schuld zu, wenn Erschwerungen angenommen worden sind, deren Nichtvorhandensein der Angeklagte beweisen konnte, wenn er die That selbst gestanden hätte; aus falscher Rechnung auf gänzliche Freisprechung wird die Gefahr der unfreiwilligen Mitübernahme unverdienter Strafzumessung als Konsequenz getragen werden müssen. Möchten die Verteidiger ihren Klienten das nur immer begreiflich machen!

**) Glaser a. a. O. S. 102. Einen Gegenbeweis soll man nie versuchen, wenn man den Beweis entkräften kann; denn mifslingt der erstere, so hat man den Schein gegen sich, als könne man die eigenen Behauptungen nicht erweisen. Der Wahrheitsbeweis ist in einigen Fällen der Injurienprozesse zur Beweislast gemacht, wenn der Angeklagte straflos bleiben will; vergl. §§ 190, 192 des deutsch. St.-G.-B.'s u. §§ 490, 491 des österreich. St.-G.-B.'s.

Verteidigungs- und Entschuldigungseinreden und die Entkräftung des gegen diesen gerichteten Gegenbeweises.

Diese Richtungen sind es, nach welchen sich die Beweisführungen der Parteien im Plaidoyer bei der Argumentation zu bewegen haben. Ein weiteres und tieferes Eingehen in die juristische Beweislehre führt zu weit von dem vorgesteckten Ziele ab.*)

*) An folgendem Beispiel wird sich zeigen, von welchem Wert das Verständnis von dem Gegenstand des Beweises und von der Beweislast für die Parteien und das Gericht ist. Ein Produktenhändler hatte bei einem Kirschbergbesitzer 100 Körbe frisch gepflückte Kirschen zur Sendung durch die Eisenbahn auf seine Rechnung und Gefahr bestellt, erhielt auch durch Rollgeschirr diese 100 Körbe mit grünen Zweigen gut verdeckt zugesendet, gewahrte aber, dass an jedem Korb etwa eine Hand breit unter dem Rand zu wenig Kirschen aufgefüllt waren, und daher sah er sich genötigt, zur Ausfüllung des Fehlbetrags behufs des korbweisen Weiterverkaufs eine Anzahl von gefüllten Körben zuzusetzen. Den Betrag dieser brachte er bei der Zahlung in Abzug wegen des Mankos; der Lieferant aber behauptete, volle Körbe geliefert, also den Vertrag erfüllt zu haben. Im Prozefs führte er mit zwei Personen, welche die Überlieferung der Körbe zur Eisenbahn besorgt hatten, den Beweis, dafs die Körbe, was geleugnet war, bis zum Rand vollgefüllt gewesen. Andererseits bewies der verklagte Empfänger, dafs bei der Übernahme der Körbe an jedem das besagte Manko zu finden gewesen. Jeder Teil hatte seine Behauptungen bewiesen und es fragte sich nun um die Erklärung des Mankos, ob Diebstahl? ob Täuschung der Zeugen des Absenders? Da wies dieser aus dem Frachtbrief des Gegners das Gewicht des Korbes bei der Aufnahme an der Eisenbahn nach, welches von dem Besitzer des Rollfuhrwerks am Empfangsort nachgewogen worden war — und beide Gewichte stimmten überein, wodurch eine etwa geschehene Abänderung am Inhalt der Körbe ausgeschlossen wurde; der Absender vermochte auch durch seine Leute nachzuweisen, dafs mit den Stielen transportierte Kirschen beim Tragen und Fahren sich erheblich zusammensetzten und dass dadurch das scheinbare Manko an der Auffüllung entstanden sei.

Die Beweisaufnahme war unnötiger Weise hier von den Parteien und dem Amtsgericht erweitert worden. Der Beweis des Mankos hatte den weiteren Beweis zur Aufklärung dieses letzteren veranlafst. Es durfte nur der Beweisbeschlufs sich auf die Vernehmung der beiden Zeugen des Absenders über die Ablieferung ganz gefüllter Körbe zur Eisenbahn beschränken; denn war hierdurch die Vertragserfüllung bewiesen, so erfolgte der Transport der Kirschen schon aus der Bestellung auf die Gefahr des Bestellers, welche mit der Übergabe der Kirschen zur Eisenbahn auf ihn übergegangen war; mochte nun das Manko entstanden sein, woher es wollte, so traf den Absender, falls er nur, was nicht bemängelt war, taugliche Körbe zur Sendung geliefert hatte, die Verantwortung dafür nicht und er hatte seinerseits erfüllt und dem gegenüber hatte der Besteller keinen Rechtsgrund zur Verweigerung der vollen Auszahlung des vereinbarten Preises.

§ 37.

C. Urteilsbildung und Beweisrecht.

Der Parteiredner erstrebt die Gewinnung der richterlichen Überzeugung von der Richtigkeit, wenigstens Annehmbarkeit, der von ihm aufgestellten Behauptungen. Jede Überzeugung des Richters soll auf Gründen beruhen und daher bedarf es zur Erreichung jenes Zieles einer Darstellung der Gründe, deren Billigung und Aufnahme in die richterliche Erwägung geschehen soll behufs Ziehung eines Abwägungsschlusses, welchen man Urteil nennt. Die Bildung oder Findung des richterlichen Urteils bereitet der Parteiredner in seinem Interesse vor und dazu verhilft am besten das psychologisch-rhetorische Mittel, dafs er sich in seiner Einbildung die etwaige Denk- und Urteilsthätigkeit des Richters bezüglich des vorliegenden Rechtsfalles in ihrem Gang vorstellt, indem er die aus der Wahrnehmung der Einzelheiten und der Eigenartigkeit desselben gewonnenen mit den allgemein menschlichen Anschauungen vergleicht und deren Einwirkungen auf die Beurteilungsgabe zusammenstellt und herüber

In diesem Falle lag die Begrenzung der Streitfrage und des Beweises lediglich in der richtigen Erfassung der rechtlichen Seite des Streitverhältnisses, nämlich dafs die Vertragserfüllung des Absenders mit der richtigen Ablieferung der gefüllten Körbe vollendet und von da die Gefahr der Sendung auf den Besteller allein übergegangen war; jeder über die Vertragserfüllung hinausgehende Beweis war ein freiwillig übernommener, aber für die Entscheidung des Streites überflüssiger.

Hätte jedoch der Absender gar keinen Beweis angetreten, sondern dem Besteller überlassen, das von ersterem in Abrede gestellte Manko zu beweisen, dann würde daraus zu schliefsen sein, dafs dieses schon bei der Übergabe zum Transport vorhanden gewesen und der Absender nicht vollständig erfüllt gehabt habe, wovon er sich auch nicht durch den Beweis zur Erklärung des Mankos durch Zusammensetzen der Kirschen auf dem Transport hätte befreien können, weil dadurch immer noch nicht festgestellt wird, dafs die Körbe wirklich ganz mit Kirschen, trotz der Übereinstimmmung des Gewichts am Absendungs- und Empfangsort, angefüllt gewesen sind, was ja der Besteller geleugnet hatte, so dafs die Frage offen bleibt, wo das Manko seinen Anfang genommen hat? ob bei dem Absender oder auf dem Transport? und damit blieb unbewiesen, dafs der Absender rite erfüllt gehabt habe. Die Folge würde die Abweisung seiner Klage auf Zahlung des verweigerten Betrages sein.

und hinüber abwägt, was nach einer natürlichen und unbefangenen Auffassung für die Entschliessung das Annehmbarste, weil anscheinend Richtigste, sei? Daher hat sich der Redner ganz in die Lage des Richters zu versetzen und es ist von gröfster Bedeutung für ihn, dafs er seine Richter kennen gelernt hat, oder wie bei Geschworenen, ihren Bildungsstand, nach ihrem Beruf und aus persönlicher Annäherung bei einer Sitzungsperiode, zu überschlagen in der Lage gewesen ist, um sich in ihre Anschauungs- und Denkweise versetzen und auf die von ihm beobachteten Stärken oder Schwächen des Geistes seine Beweisführung berechnen zu können. Leichter ist ihm dies gegenüber den rechtsgelehrten Einzel- oder Kollegialrichtern, deren geistige Ausbildung und Vergangenheit er kennt. Ein Richter, welcher sich früher als Anwalt ausgebildet hatte, wird erklärlicher Weise einen Entlastungsbeweis im gröfseren Einverständnis mit den vom Verteidiger vorgetragenen Gründen prüfen als ein früherer Staatsanwalt, welcher seinem Berufe nach mehr dem Aufbau der Belastungsbeweise zugethan gewesen ist und bei welchem auch der Staatsanwalt sonach leichter eine Annahme seiner Beweisausführungen erwarten darf; eine gleichmäfsige Prüfung der gegenseitigen Beweisausführungen aber ist am sichersten von den Richtern zu erwarten, welche stets in der richterlichen Thätigkeit, ohne eine jener mehr einseitigen Richtungen verfolgt zu haben, berufsmäfsig sich an die beiderseitig gleichmäfsige Beurteilung gewöhnt haben.*)

*) Eine Vermutung für die gleichmäfsigere Behandlung und Beurteilung seiten dieser Richter von jenen beruht hier auf der jahrelangen Gewöhnung und der stetigen Mittehaltung zwischen zwei gegensätzlichen Thätigkeiten. Damit ist natürlich nicht gesagt, dafs es den vorerwähnten Kategorieen von Richtern nicht auch nach und nach gelingen könnte, ihre frühere vorwiegend einseitige Richtung zu vergessen oder zu verleugnen; indessen dem aufmerksamen Beobachter wird es nicht entgehen, wie lange hier ein Überwinden der früheren Gewohnheiten andauert und wie doch unversehens das in den frischeren Lebensjahren gekräftigte Naturell wieder zum Vorschein kommt, zumal bei geistig lebhaften Naturen. Es geht dies übrigens Richtern aus der alten Schule nicht anders, dafs sie noch an der Inquisitionsmaxime und an alten Beweisregeln festhalten mögen und im neuen Verfahren noch abgethanen Auffassungen aus dem alten folgen.

Der Parteiredner kennt die Zusammensetzung der Kollegien, der Zivil- und Strafkammern bei den Landgerichten, der Senate bei den Obergerichten; er weifs, welche Majoritätenzahlen er für sich haben mufs, bei den Strafkammern von fünf Richtern dafs hier die Gewinnung einer zweiten Stimme gegen die Annahme der Schuld und schwereren Verschuldung zur Freisprechung führt (§ 262 Deutsche St.-P.-O.), so bei der Zivilkammer zur Klageabweisung bez. zur Verurteilung u. s. w. Er kennt die mildere oder strengere Beurteilung des einen oder anderen Richters oder dessen Festhalten an abstrakten Beweisregeln oder theoretischen Sätzen, oder Präjudizien oberer Gerichte, oder seine Zugänglichkeit für eine freiere, allgemein menschliche Beurteilung entgegen streng juristischer Engherzigkeit, oder eine Geneigtheit des einen oder anderen Richters, der Zweckmäfsigkeit und praktischen Nützlichkeit (s. g. Opportunität der Verwaltung) vor der strengeren Gesetzmäfsigkeit (s. g. Legalität) den Vorzug zu geben, selbst ohne dafs dieser etwa früher Verwaltungsbeamter gewesen wäre; er weifs, dafs bei dem Vorsitzenden ein geistiges und dialektisches (vielleicht sogar ein persönliches) Übergewicht über die Beisitzer zu finden gewesen, er kennt dessen ausgesprochene oder sonst erkennbaren Berufsneigungen, er weifs auch recht wohl, ob er einige Empfänglichkeit für feinere, psychologische Beobachtungen und Erwägungen bei dem einen oder anderen Richter voraussetzen und an diese sich richten darf u. a. m. Kurz das Studium der Richtergeister ist eins der wichtigsten Hilfsmittel für die Beweisausführung zum Zweck der Bildung des Urteils. Je weniger der Redner seine Richter kennt, desto schwieriger ist seine Aufgabe einem Redner gegenüber, welcher sie aus langem Verkehr studiert hat; die nach und nach sich in den Kollegien bei ihrer Stabilität einbürgernden Beweisbeurteilungen, Schlufsfolgerungen, selbst Beweisregeln u. dgl. kehren wieder und werden daher den Gerichtsrednern geläufig und dadurch erhalten sie für jeden ähnlichen Rechtsfall aus früheren Fällen die Möglichkeit, das Feld ihrer Argumentation überschlagen zu können; dabei gilt

es vorzugsweise, sich selbst eine Übersicht über die wahrscheinlichen oder unwahrscheinlichen Wirkungen der einzelnen Argumente und deren Einkleidung auf die Bildung des richterlichen Urteils zu gewinnen und dabei sich die Eigenartigkeit (Individualität) des Rechtsfalles zur Anschauung zu bringen. Die aus dieser zu entnehmenden Gründe der Beweisführung werden daneben besonders in ihrer Wirkung auf die richterliche Erwägung im voraus zu überschlagen sein; gerade mit Rücksicht auf die geistig individuelle Verschiedenheit der Richter werden hier die Beweisausführungen der Parteien zu bemessen sein.

1. Zweifellos ist, dafs es für die Beurteilung des Wertes eines Beweismittels und des daraus entlehnten Beweisgrundes von der Beschaffenheit des Beurteilers unabhängige Kriterien, s. g. objektive, giebt; allein sie vermögen nicht in allgemeingiltige und feste Regeln gefafst und als durchgreifende Normen für die Beurteilung aufgestellt zu werden, ebensowenig wie es der Rhetorik der Alten gelungen war, für alle möglichen Fälle die Argumente passend zusammen zu bringen*). Die ausgebildetste Beweiswertslehre bei den Engländern vermag der Eigenartigkeit der Rechtsfälle nicht gerecht zu werden. Die gesetzlichen und wissenschaftlichen Beweistheorieen haben im kontinentalen Prozefs seit 1848 den Todesstofs erhalten, nachdem das System der intime conviction aus dem französischen Strafprozefs auch in Deutschland und Österreich zum Siege gelangt war, in Anerkennung des Umstandes, dafs es sich meistenteils um Wahrscheinlichkeit handelt, deren Regeln sich in der mannigfachsten Weise durchkreuzen, und die

*) Endemann, Deutsch. Zivilprozefsrecht S. 689 bemerkt hierüber: dafs, wie bei jedem doktrinären Schematismus, die absolute Anwendung der abstrakten Beweisregeln auf die in unendlicher Mannigfaltigkeit vorkommenden Vorkommnisse des Lebens zu Ergebnissen führten, die keineswegs immer mit der realen Wahrheit übereinstimmten. „Seit Annahme des Prinzips der juristischen Wahrheit (aus der kanonisch-scholastischen Beweistheorie) hat denn die deutsche Jurisprudenz mitgeholfen, das System der abstrakten Beweisnormen in Gesetz und Doktrin vollends bis zur äufsersten Künstlichkeit und bis zu einem womöglich erschöpfenden Schematismus auszubilden."

s. g. Gewifsheit einer Thatsache auf vielen einzelnen, in ihrem Zusammenwirken nur dem einzelnen Fall angehörenden Eigentümlichkeiten beruhe, für welche ebendeshalb allgemeine und erschöpfende Regeln sich nicht aufstellen lassen. So kam in den einzelnen deutschen Strafprozefsordnungen seit 1848 die Freiheit der Urteilsbildung von zwingenden Regeln über den Wert der Beweisgründe zur Geltung, welche auch in der deutschen Reichs-Strafprozefsordnung § 260 in dem Satz: „Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung" (Ausnahmen in §§ 274 und 475 Abs. 1), und in der neuen österreichischen (1873) §§ 258 und 326 gesetzlichen Ausdruck gefunden hat.

Auch in der deutschen Reichs-Zivilprozefsordnung §§ 259, 260 und 266 ist die s. g. freie Beweiswürdigung als Grundsatz ausdrücklich anerkannt: das Gericht hat nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche*) Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, und zwar unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme. Da auch ohne das letztere nur auf Grund der ganzen Verhandlungen aus der aus dem Zusammenhang der Sache gewonnenen Wahrnehmung eine richterliche Überzeugung mittels Schlufsfolgerung und dem Gesamteindruck geschöpft werden kann, so ist mit dem Ausdruck: „freie Beweiswürdigung" das Wesen der Sache nicht vollständig gekennzeichnet, sondern es handelt sich um eine freie Thatsachenwürdigung, die Freiheit der Urteilsbildung über Thatsachen oder die Entscheidung nach freier Überzeugung, über deren Begründung das Gericht Rechenschaft abzulegen hat durch Angabe von Enscheidungsgründen im Urteile**). Daraus

*) Rechtsbehauptungen sind nach den Regeln der Rechts- bez. Gesetzesauslegung und Anwendung zu prüfen und zu würdigen und streng nach dem Gesetz, das keine Freiheit des Ermessens gestattet.

**) Es wird mehrfach behauptet, dafs diese Vorschrift mit der Freiheit der richterlichen Überzeugung nicht vereinbar sei und daher nur bei Geschwornensprüchen letztere voll gewahrt werde. Indessen

folgt, dafs alle Mittel zur Beweiserbringung, wodurch auf die richterliche Überzeugung eingewirkt werden kann, ohne Beschränkung angezogen werden dürfen*), dafs das Gericht aber, wenn es solche für ungeeignet zur Erbringnng eines überzeugenden Beweises erachtet, oder weil es bereits eine Uberzeugung erlangt hat, von der Beweisaufnahme abstehen kann. „Kommt es zu einer Beweisaufnahme oder zu einer Bezugnahme der Parteien auf Beweisgründe, so hat das Gericht ebenso, wie da, wo es sich auf von Amtswegen berücksichtigte Wahrheitsargumente stützt, lediglich nach freier Uberzeugung zu prüfen. Es ist inbetreff der Wahrheitsfolgerung ebensowenig an formelle gesetzliche Voraussetzungen gebunden, als in betreff der Zulassung. Gesetzliche Glaubwürdigkeit, Unglaubwürdigkeit, geminderte, halbe Glaubwürdigkeit u. s. w. giebt es nicht mehr. Die freie Prüfung erstreckt sich auf alle Arten des Beweises und der Beweisführung, auf die s. g. direkte, wie auf die künstliche, und bei der letzteren sowohl auf die Feststellung der Prämissen, wie auf die zu ziehenden Schlufsfolgerungen, auf technische Beweisfragen, deren Beantwortung besondere Sachkenntnis erheischt, nicht minder als auf andere. Auch die Bedeutung eines Strafurteils für den Beweis im Zivilprozefs bestimmt sich lediglich nach freier Würdigung“**). In einem Rechtsver-

sie ist die einzige Garantie für eine sorgfältige Beurteilung, über welche die Parteien und das Publikum nur durch Prüfung der Gründe eine Kontrolle ausüben können und deren Richtigkeit ohne eine solche Prüfung der Gründe nicht anfechtbar wäre durch die Berufung; § 487 Z.-P.-O.

*) Auch ohne eigentliche Beweisaufnahme gilt der Grundsatz der freien Thatsachenwürdigung für das gesamte Gebiet des Prozesses, in welchem der erkennende Richter berechtigt, wohl aber nicht, wie v. Wilmowski und Levy im Kommentar, 4. Aufl., II. S. 384 behaupten, folgeweise auch verpflichtet, zur Findung seines Urteils die Wahrheit einer Thatsache zu untersuchen, und darin namentlich nicht durch die Bestimmungen über formelle Wahrheit (Geständnis, Versäumnis u. s. w.) eingeschränkt sei.

**) Endemann, Kommentar II. S. 71. „Der Überzeugung dient alles, was theoretisch Beweisgrund sein kann und unmittelbar oder mittelbar Schlufsfolgerungen gestattet;“ v. Wilmowski und Levy a. a. O. S. 385. Früher konnte der Richter der Legaltheorie unbedenklich und fast mechanisch folgen und deren Garantie war für die

fahren, in welchem die Beweiserhebung und Beweisführung unter dem Einflufs der freien Würdigung der Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsachen steht, ist die Beweisführung der Parteien folgeweise auch weit weniger als unter einer gesetzlichen Beweistheorie in der Wahl, der Art und dem Gebrauch der Beweisgründe beschränkt, indem diese dem grofsen Gebiete allgemeiner Lebenserfahrungen über die Gesetze der Natur und das Wesen des Menschen nach einer verständigen Reflexion entnommen werden dürfen; eine daraus geschöpfte, empirische Gewifsheit ist nichts anderes als eine unter dem Einflufs subjektiver Verarbeitung zustande gebrachte hohe Wahrscheinlichkeit, zusammengesetzt aus einer Anzahl mehr oder weniger annehmbarer Überzeugungs- oder Beweisgründe (Wahrscheinlichkeiten). Es läfst sich aber nicht bestreiten, dafs aus der Wiederkehr der thatsächlichen Erscheinungen sich in dem Laufe der Jahrhunderte Erfahrungssätze festgestellt haben, welche ihrer inneren Natur nach sich als beachtungswert für die Prüfung der Beweise täglich noch erweisen und an welche sich die richterliche Beweiswertsprüfung mehr oder weniger bewufst zu halten pflegt und wonach das unmotivierte Abweichen einzelner Auffassungen gewissermafsen reguliert wird. Die auf Grund psychologischer und logischer Gesetze von der Wissenschaft aus Jahrhunderte hindurch erprobter Erfahrung gesammelten Sätze bilden immer noch eine Beweistheorie, gegen welche eine rationelle Beweisführung und Beweisprüfung sich nicht verschliefsen kann*). Insoweit hat auch die deutsche

Parteien insonderheit im Strafprozefs für die Verteidigung, eine mehr äufserliche, so dafs der innere Wert der Beweise fast unbeachtet bleiben konnte. Jetzt aber hat die Beurteilung der Beweise nur „einen Regulator, die Logik; sie acceptiert nur eine Beweisregel: die Vernunft,“ daher ist jedes einzelne Beweismoment auf seine Glaubwürdigkeit und Wirkung zu prüfen — und zwar nach den aus früheren Gesetzen und doktrinellen Beweisrechtsregeln entlehnten Erfahrungssätzen; vergl. Frydmann a. a. O. S. 195. Auf diese Weise wird die richterliche Überzeugung dem nebelhaften Gesamteindruck entrückt und auf „zwingende Vernunftschlüsse“ gestützt.

*) Vergl. des Verf. Abhandlung über Beweisregeln und Entscheidungsgründe a. a. O. VIII. S. 596 und Geyer a. a. O. S. 701. Man

Zivilprozefsordnung mit Aufhebung des Zwanges zur Beachtung der früheren gesetzlichen Beweisregeln nicht auch deren Inhalt als normgebend etwa beseitigen wollen, sondern sie nur zu doktrinellen Regeln abgeschwächt und die Motive dazu S. 208 erkennen ausdrücklich ihren „Charakter goldener Erfahrungssätze“ an, deren Befolgung „der Rechtsschule und dem Gerichtsgebrauche überlassen bleibe, damit sie die klassische Gestalt bewahren, die für ihren heilsamen Gebrauch unentbehrlich ist“ *).

Hierin liegt für die Beweisausführungen der Parteiredner eine zweifache Mahnung: erstens in der Benutzung des Rechts auf freie Wahrheitsprüfung den Gerichten nicht ein ganz schrankenloses Gebahren zumuten zu sollen; zweitens an die bisherige Beweistheorie anzuknüpfen uud das dem Geiste des mündlichen Verfahrens Entsprechende daraus aufzunehmen und wieder zu beleben und der Praxis zu erhalten zu versuchen! Der Anwaltsstand scheint vorzugsweise dazu berufen zu sein, durch Anpassung der noch anwendbaren Beweiswürdigungssätze eine Sicherung des mündlichen Verfahrens der Neuzeit vor einem willkürlich-launenhaften Subjektivismus der Gerichte zu bewahren und durch reichlichen Gebrauch solcher Sätze dahin zu wirken, dafs die Obergerichte veranlafst werden, sich über deren allgemeinere Geltung als Richtschnur auszusprechen**) — natürlich vorbehältlich der

hat allen Grund, die freie Beweiswürdigung von dem freien richterlichen Ermessen zu unterscheiden; vergl. Ude in Buschs Zeitschr. a. a. O. VI. S. 419 ff. und S. 425 ff. über die objektiven Grundlagen, welche die mündliche Verhandlung dem Richter für die Gewinnung seiner Überzeugung zu bieten hat.

*) Für die Gewinnung der Überzeugung giebt es etwas kaum zu Beschreibendes mit rationell zwingender Kraft, das man „Logik der Thatsachen“ genannt hat und die man als „unerbittliche“ bezeichnet, um eben ihren psychischen Zwang für Annahmen, denen man sich nicht entziehen kann, zu kennzeichnen. Wir kommen bei dem „logischen Beweis“ genauer darauf zu sprechen.

**) Der erste Zivilsenat des deutschen Reichsgerichts erachtet eine schematische thatsächliche Feststellung unter allgemeiner Bezugnahme auf die Beweisaufnahme für ungenügend, verlangt dagegen Ersichtlichkeit der für die richterliche Überzeugung mafsgebenden logischen bez.

freien Überzeugung über die Eigenartigkeit des Einzelfalles, durch welche jene Richtschnur zu verlassen wohl begründet sein mag.

2. Voraussetzung einer freien Beweiswürdigung bleibt immer, dafs die Überzeugung nicht aus unzulässigen Beweismitteln, z. B. aus Zeugenaussagen, deren Beeidigung vorgeschrieben ist, oder aus Parteierklärungen, welche aufserhalb der mündlichen Verhandlung abgegeben sind, oder unter Nichtbeachtung der Gesetzesvorschriften über die Beweisaufnahme, geschöpft werde. Dies gilt für den Zivil- wie Strafprozefs.

a. Für den deutschen Zivilprozefs sind nach dem Einführungsgesetz § 16 No. 1 die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschliefsung des Gegenbeweises (praesumtiones juris et de jure, sogen. Fiktionen) oder bis zum Beweise des Gegenteils (praesumtiones juris) als gewifs anzusehen ist, unberührt geblieben. Die ersteren Rechtsvermutungen stellen die Gleichheit des einen Falles mit einem anderen fest, wenn die thatsächlichen Voraussetzungen, welche keinen Gegenbeweis zulassen, dieselben sind; die letzteren stellen eine Thatsache unter bestimmten Voraussetzungen bis zum Beweise des Gegenteils fest (als „Interimswahrheit")*), wodurch zivilrechtlich die Beweislast geregelt wird. Durch diese Rechtsvermutungen, welche materielles Recht entscheiden, wird die freie Beweiswürdigung nicht beeinträchtigt.**)

Die prozefsrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, durch welche die Beweiswürdigung eingeengt war, sind aufgehoben, wodurch namentlich die Rechtsvermutungen des

kritischen Verbindungsglieder zwischen Indizien und den eigentlichen Beweisthatsachen und dabei wird es nötig, auf allgemeine Erfahrungssätze zur Vergleichung der Richtigkeit der einzelnen Verbindungsschlüsse zurückzugreifen.

*) Zur Widerlegung kann nach E.-G. § 16 Nr. 1 die Eideszuschiebung nach §§ 410 ff. Z.-P. gebraucht werden.

**) Über die Vorschriften in §§ 16 u. 17 des E.-G. vergl. die Kommentare, besonders v. Wilmowski u. Levy a. a. O. II. S. 385, Endemann II. S. 73.

preufsischen Allgemeinen Landrechts gefallen sind, fast dasselbe gilt von den in früheren Reichsgesetzen aufgestellten Beweisregeln nach §§ 13 und 17 des E.-G. zur deutschen Z.-P.-O.

Diese letztere bestimmt im § 259 Abs. 2: „An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.“ Es soll im deutschen Zivilprozefs regelmässig materiell-logische, nur ausnahmsweise in den bestimmten Fällen formell-juridische Wahrheit gelten; letzteres da, wo das Gericht durch die Vorschriften über das Verfahren bei der Thatsachenwürdigung daran gebunden ist, etwas als formelle Wahrheit gelten zu lassen, wie bei dem Geständnis und den Versäumnisfolgen in §§ 261 ff. 129, 296, 214 Abs. 4. §§ 229, 216, 492 Z.-P.-O. Beweisregeln sind hierin nicht enthalten, da eine Beweisaufnahme hier nicht vorkommt.

Wirklich positive Beweisregeln*) d. h. mit bindender Kraft für die Beurteilung der Beweiswirkung sind in dem Titel über die Urkunden — §§ 380—383, 402 ff. 181—185 und über den Eid — §§ 410 ff. 428, 429, 437, 439 Z.-P.-O. enthalten. So lautet z. B. die Beweisregel bei öffentlichen Urkunden: sie liefern vollen Beweis des beurkundeten Vorganges im Falle des § 380 (Zeugnisse der öffentlichen Behörden oder einer Urkundenperson über eine von ihr abgegebene Erklärung dritter), ferner sie liefern vollen Beweis der in ihr bezeugten Thatsache im Falle des § 383 und ebenso ihres Inhaltes im Falle des § 382 Z.-P.-O.; oder z. B. Privaturkunden liefern vollen Beweis, dafs die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind (§ 381 Z.-P.-O.); hierin liegt die gemeinsame Beweisregel für alle Urkunden**). Hier kommt überall die Beweisfolge aus dem Gesetz und nur, wenn der gesetzlichen Regel genügt ist, kann der Richter etwas für wahr erklären,

*) Mit der Modifikation zugunsten reichsgesetzlicher Prozefsvorschriften in § 413 Abs. 1 des E.-G.

**) S. v. Bülow a. a. O. zu § 380.

mufs es aber auch notwendig; die Wahrheit wird zugleich als juridische zur Parteienberechtigung, indem aus der Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse ein Recht der Parteien auf Anerkennung der gesetzlichen Wahrheitsfolge seitens des Richters entspringt. Aus diesem Grunde stand im gemeinen Prozefs die Beweistheorie mit der Verhandlungsmaxime, d. h. mit der formellen Bindung an das Parteivorbringen, und mit der Schriftlichkeit des Verfahrens in engster Verbindung*).

Aus diesen gesetzlichen Beweisregeln der deutschen Zivilprozefsordnung besteht das Beweisrecht als positive Norm für die Beweiswürdigung und unter seinem Einfluss stehen die Beweisführungen der Parteien. Um sie aber gruppieren sich die wandelbaren und elastischen Sätze der Erfahrung, unter deren Leitung die Argumentation eine Sicherheit gewinnt, ohne dabei der freien Thatsachenwürdigung des Einzelfalles einen Zwang anzuthun. Aufserdem gilt der Grundsatz, der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens mit gesetzlichen Ausnahmen, welcher alle anderen unsicheren Vermittelungen der richterlichen Thatsachenerkenntnis ausschliefst, aufser dem mündlich dem Gericht Vorgetragenen (vergl. unten v. Kries: das Prinzip der Unmittelbarkeit u. s. w.).

b. Im deutschen und österreichischen Strafprozefs giebt es nicht wie im bürgerlichen Rechtsverfahren ausgesprochene Beweisregeln für die Beweiswürdigung; in § 300 der ersteren ist dem Vorsitzenden ausdrücklich verboten, in seinem Schlufsvortrag an die Geschworenen auf eine Würdigung der Beweise einzugehen, und in § 326 der letzteren ist die „Belehrung" der Geschworenen durch den Vorsitzenden, welche übrigens die Ergebnisse der Verhandlung und Beweise zusammenfafst, formuliert**). Um so mehr haben die Parteiredner hier

*) Endemann, das deutsche Zivilprozefsrecht, 1868, S. 689.

**) Diese „Belehrung" ist in dem Beratungszimmer nebst den Vorschriften in §§ 327—330 der St.-P.-O. angeschlagen. Die Geschworenen werden darin gesetzlich verpflichtet: „alle für und wider den Angeklagten vorgebrachten Beweismittel sorgfältig und gewissenhaft zu prüfen und sich selbst zu fragen, welchen Eindruck die in der Hauptverhandlung wider den Angeklagten vorgeführten Beweise und die Gründe seiner Verteidigung auf sie gemacht haben." Vergl. auch § 258 St.-P.-O. Abs. 3.

wie dort ein ergiebiges Feld für die Beweisausführungen, wobei ihnen eine rationelle Beweistheorie, welche die erprobten Erfahrungssätze der Doktrin enthält, zustatten kommen wird.*)

Der Vorsitzende des Schwurgerichts hat die Geschworenen über die rechtlichen Gesichtspunkte, welche sie bei Lösung der ihnen gestellten Aufgabe in Betracht zu ziehen haben, zu belehren; darunter sind nicht blos die materiell-rechtlichen, sondern auch die prozefsrechtlichen Vorschriften zu verstehen und besonders die, in den einzelnen Paragraphen der Strafprozefsordnung zum Ausdruck gebrachten, Grundsätze des Verfahrens bezüglich der Beweiswürdigung in thesi und der Urteilsbildung nach Rechtsregeln, z. B. bezüglich der gestellten Fragen und ihr Verhältnis zu einander, sowie über Beratungs- und Abstimmungsförmlichkeiten. Nur zu vermeiden ist ein Eingehen auf die Frage, ob die den Gegenstand der Hauptverhandlung bildenden Thatsachen von den Geschworenen als erwiesen anzunehmen seien, nicht blos die unmittelbar zum Thatbestand gehörigen Thatsachen, sondern auch die mittelbar einen Schlufs auf das Bestehen oder Nichtbestehen der letzteren erzeugenden, weiter zurückgelegenen. Die Rechtsbelehrung der Geschworenen durch den Vorsitzenden ist unantastbar, indessen im allgemeinen nur eine Instruktion, deren Befolgung oder Nichtbefolgung ganz in dem Ermessen der Geschworenen selbst liegt, um so mehr als in jener noch nicht ausgesprochen wird, ob sie auch der Ansicht der beiden anderen Beisitzer des Gerichtshofes entspricht, somit darin noch keine Garantie für ihre Richtigkeit zufinden sein wird. Die Geschworenen haben „nach bestem Wissen und Gewissen" ihre Stimmen abzugeben und stehen daher auf dem

*) Vergl. Geyer a. a. O. S. 701. Bei den Schöffengerichten ist es Pflicht des Vorsitzenden, die Schöffen auf Grundlage der wissenschaftlichen und praktischen Erfahrungssätze zur Würdigung der Beweise anzuhalten, natürlich durch eine Belehrung darüber bei dem einzelnen Fall. Er hat umgekehrt an den Auffassungen der Volksrichter einen Mafsstab dafür, dafs die doktrinellen Beweisregeln sich im Bereich der Beurteilung nach dem allgemeinen, gesunden Menschenverstand bewegen, der eine Art Korrektiv enthalten kann für ein zu strenges Festhalten an jenen Beweisregeln.

unbegrenzten Boden der freien Thatsachen- bezw. Beweiswürdigung; auch für sie hat das nach der Strafprozeſsordnung bestehende Beweisrecht nicht nur die Bedeutung einer Instruktion aus dem Munde des Vorsitzenden, sondern eines zu beachtenden Gebotes, das ihnen der Vorsitzende zu erklären und einzuschärfen hat. Ähnlich ist es bei den Schöffengerichten, nur darf hier der Vorsitzende unbegrenzt sich auch über die Thatsachenwürdigung aussprechen, wie in den Strafkammern.

Es fragt sich nur, ob die deutsche Strafprozeſsordnung ein, auch die Volksrichter, bindendes Beweisrecht enthält?

Vorerst mag bemerkt werden, daſs die Vorschriften in § 266 St.-P.-O. für Strafkammern und Schöffengerichte rücksichtlich der Urteilsbegründung hiermit in keiner Beziehung stehen*), indem das unbeschränkte richterliche Ermessen nicht blos der Selbstkontrolle, sondern auch der der Beteiligten und des Publikums, unterworfen sein sollte, zumal wenn eine Übereinstimmung zwar im Urteilstenor, aber nicht in den Gründen vorhanden ist, oder in der Begründung überhaupt nicht Einstimmigkeit vorliegt, was nicht angegeben zu werden braucht, aber angegeben werden darf.

Das Beweisrecht der Strafprozeſsordnung ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit und Konzentrierung in der Hauptverhandlung mit der Konsequenz der Mündlichkeit als der Form der Vermittelung der Wahrnehmungen**).

Dieser Grundsatz ist zunächst aus den §§ 262 und 263 St.-P.-O. zu entnehmen. Hiernach sollen nur die „Ergebnisse der Verhandlung“ bezüglich der „Inbegriff der Verhandlung“

*) Glaser a. a. O. S. 33.

**) Es ist das Hauptverdienst der Schrift: „Der Beweis im Strafverfahren“ von E. Rupp, 1884, dies ausführlich aus den Materialien der St.-P.-O. dargelegt zu haben. Nach ihm hat v. Kries in Bd. VI der Zeitschr. für gesamte Strafrechtswissenschaft, S. 88 ff. das „Prinzip der Unmittelbarkeit im Beweisverfahren der deutschen Prozeſsordnungen“ einer eingehenden Darstellung und Vergleichung unterzogen. Vergl. sonst die Kommentare zur deutschen St.-P.-O. §§ 260, 261.

die Quellen sein, aus welchen die freie richterliche Überzeugung zu schöpfen sei, d. h. nichts anderes, als dafs nur aus der unmittelbaren Wahrnehmung alles dessen, was in der Hauptverhandlung unter Leitung des Vorsitzenden und Mitwirkung der Richter und der Prozefsbeteiligten vorgebracht worden ist oder sich dem Gericht durch Beobachtung (Sehen und Hören) dargeboten hat, als Gründen der Überzeugung sich bilden soll; nicht blos die Ergebnisse der Beweisaufnahme, sondern überhaupt der Verhandlung sind die Erkenntnisquellen — aber auch nur diese. Es wurde schon wiederholt darauf hingewiesen, wie sich Parteiredner und Richter streng an diesen Grundsatz zu halten haben und wie es Aufgabe der Prozefsleitung sein muss, ängstlich über die Einhaltung dieses Grundsatzes zu wachen, wie aber auch die Beteiligten sich gegenseitig zu überwachen haben, dafs in ihre Schlufsreden, zumal in die Beweisausführung, nichts hereingebracht werde, was nicht in der Hauptverhandlung vorgebracht worden ist*). Also der Grundsatz der „freien Beweiswürdigung" oder weitergehend der freien Urteilsbildung ist durch die Strenge des die Hauptverhandlung beherrschenden Grundsatzes der Unmittelbarkeit und Konzentrierung der Sachdarstellung begrenzt, insonderheit durch das Verbot der Benutzung anderer Erkenntnisquellen, als der in der Hauptverhandlung selbst dargebotenen. Daher sind ausgeschlossen Privatkenntnis des Richters, Notorietät, wenn sie nicht in der Verhandlung festgestellt oder erwähnt worden, alle Beweismomente, welche in den Akten ruhen, alle Mit-

*) Darüber sind die Kommentare zur deutschen St.-P.-O. durchweg aufser Zweifel; auch das deutsche Reichsgericht, I. St.-S. im Urt. v. 31. April 1880 hat dies anerkannt. Dasselbe bestimmt § 258 der österreich. St-P.-O.: „Das Gericht hat bei der Urteilsfällung nur auf dasjenige Rücksicht zu nehmen, was in der Hauptverhandlung vorgekommen ist. Aktenstücke können nur insoweit als Beweismittel dienen, als sie bei der Hauptverhandlung vorgelesen worden." Interessante Vergleiche zwischen den Bestimmungen der deutschen Zivil- und Strafprozefsordnung in bezug auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit hat v. Kries a. a. O. S. 118 angestellt. Ausnahmen einer anderen Vermittelungsweise richterlicher Thatsachenerkenntnis dürfen nur in der vom Gesetz nachgelassenen Weise erfolgen.

teilungen der Beteiligten, welche nicht vor Schluss der Beweisaufnahme erörtert worden sind u. dgl.

Aber rücksichtlich der Wirkung der in der Hauptverhandlung vorgebrachten Beweise, also unter welchen Voraussetzungen eine Thatsache als bewiesen oder nicht bewiesen anzunehmen sei, giebt es im Strafprozefs des deutschen Reichs und Österreichs keine gesetzlichen Bestimmungen mehr. Es giebt nur noch gesetzliche Normen über die Voraussetzungen des Gebrauchs von Beweismitteln, deren Verletzung Nichtigkeit des Urteils einschliefslich der vorausgehenden Verhandlung zur Folge hat oder wenigstens für die Begründung in den Beweisführungen eine gefährliche Klippe werden kann.

Dieser Grundsatz der möglichsten Unmittelbarkeit und Konzentrierung der Beweisaufnahme und Verhandlung ergiebt sich schon aus den Vorschriften der §§ 225 und 228 St.-P.-O., wonach eine über vier Tage hinaus vertagte Hauptverhandlung ganz von neuem zu beginnen ist, und aus § 244, wonach die Beweisaufnahme auf die sämtlichen vorgeladenen Zeugen und Sachverständigen sowie auf die anderen herbeigeschafften Beweismittel erstreckt werden soll; ferner soll nach § 229 regelmässig (nicht ausnahmelos) nur in Gegenwart des Angeklagten verhandelt werden; dieser ist zu vernehmen und eine Verlesung seiner früheren Erklärungen aus Protokollen soll nur in den Ausnahmefällen des § 253 stattfinden, wovon der in Absatz 2 wieder davon abhängig gemacht ist, dafs eine Unterbrechung der Hauptverhandlung sonst eintreten müfste*). Ganz besonders ist der gedachte Grundsatz

*) Die österreich. St.-P.-O. § 245 geht hier weiter als die deutsche, indem sie die ganze oder teilweise Verlesung eines über frühere Aussagen des Angeklagten aufgenommenen Protokolles nicht blos, wenn er von frühern Angaben bei seiner Vernehmung abweicht, sondern auch, wenn er eine Antwort verweigert, gestattet hat. Einmal gestattet ihm das Gesetz die Ablehnung der Vernehmlassung und dann substituiert es in einem Atem wieder die Verlesung der früheren aus den Akten im Ablehnungsfalle! „Der Angeklagte kann zur Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen nicht gehalten werden.“

in den §§ 249—254 St.-P.-O. zum Ausdruck gebracht, dafs möglichst wenige Mittelglieder zwischen die Wahrnehmung des Richters und die in Frage stehende, zu beweisende Thatsache eingeschoben werden sollen*). Im § 249 St.-P.-O. ist die Beweisregel dahin festgestellt: „Beruht der Beweis einer Thatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist die letztere in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.“ Der zweite Satz ist gegen eine Landespraxis gerichtet, welche entschieden ausgeschlossen werden sollte. Daran schliefst sich das Verbot des § 251, dafs die Aussage eines Zeugen, welcher vor der Hauptverhandlung vernommen war, aber erst in dieser von seinem Rechte, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen werden darf.**) Die sorgfältige Beschränkung der Ausnahmen von der Regel der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und deren Umgebung mit Formvorschriften, sowie die Vorschrift in § 256, dafs der Angeklagte nach der Vernehmung jeder Auskunftsperson oder der Mitangeklagten, sowie nach der (ausnahmeweise vom Gesetz nachgelassenen) Verlesung eines jeden Schriftstückes der Angeklagte befragt werden soll, ob er etwas zu erklären habe, lassen erkennen, welches Gewicht der Gesetzgeber jenem Grundsatz beigelegt hat***). Daher sind die gesetzlichen Ausnahmen streng einzuhalten, jede erweiternde Auslegung und Anwendung derselben ist

*) In der österreich. St.-P.-O. ist diese Beweisregel nicht so greifbar, aber sie liegt mittelbar in § 252, worin die Ausnahmen geordnet sind, in welchen nur Protokolle über die Vernehmung von Mitbeschuldigten und Zeugen, sowie Gutachten der Sachverständigen verlesen werden dürfen, worüber dann der Angeklagte zu befragen ist, ob er etwas zu bemerken habe.

**) Vergl. des Verf. Abhandlung im Gerichtssaal XXXVII. S. 358 ff. und im „Tribunal“ I. S. 475 ff. S. auch v. Kries a. a. O. S. 92 ff. über die vom Reichsgericht in verschiedenen Strafsenaten abweichend beantwortete Frage, ob durch Vernehmung der Gerichtspersonen über protokollierte Aussagen jenes Verbot umgangen werden dürfe?

***) Vergl. auch österreich. St.-P.-O. §§ 248 Abs. 4 und 250.

zurückzuweisen und es beruht daher in der sorgfältigsten Überwachung der in § 244—250 St.-P.-O. enthaltenen Beweisregeln von ausgeprägter zwingender Gewalt („so ist", „darf nicht", „soll", welches sonst informativ oder instruktionell ausgelegt wird, „kann nur" u. s. w.) gegenüber den Instruktionen, welche im „Können" ihren Ausdruck gefunden haben, der wichtigste Teil der Aufmerksamkeit der Beteiligten wie des Vorsitzenden, und jene haben hier ein Feld der Kritik und der Auffindung von Ursachen zu Beschwerden vor sich, wie kein zweites im Strafverfahren. Es wird später auf die Einzelheiten dieses Beweisrechts und die Ausnahmen von den Beweisregeln, welche auf jenem Grundsatz der Hauptverhandlung beruhen, weiter einzugehen sein. Hier ist nur im allgemeinen darauf zu verweisen, wie die Beweisführungen der Beteiligten in der Strafprozeſsordnung selbst ein ansehnliches Gebiet eröffnet finden, worin sie aber auch die Grenzen gesteckt sehen, über welche hinauszugehen nicht gestattet ist. Die Praxis zeigt leider, wie wenig noch an diesen Grenzen festgehalten wird.

§ 38.

D. Grundbegriffe der Thatsachenbeweise*).

1. Richtigkeit und Wahrheit der Behauptungen sind zwei verschiedene Begriffe, welche oft verwechselt oder auch gleichbedeutend gebraucht werden. Eine wahre Behauptung ist eine solche, deren Inhalt oder Gegenstand wahr ist, d. h., welche etwas Wirkliches aus der Erfahrung des Geschehenen in die Vorstellung anderer überträgt, denen die Behauptung wahr- und annehmbar gemacht wird, Thatsachen, welche behauptet werden, sind wahr oder unwahr, d. h. sie bestehen an sich, objektiv, in Wirklichkeit oder bestehen nicht, bezw.

*) Heusler, die Grundlagen des Beweisrechts, im Archiv f. zivilist. Pr. Bd. 62, S. 209 ff. hat bereits darauf hingewiesen, wie wichtig es für die Beweislehre sei, vor allen Dingen Klarheit in die Unterscheidung der Grundbegriffe zu bringen. Er beginnt damit bei dem Beweisbegriff, Gegenstand und Mittel des Beweises, Beweisresultat, Verhältnis der Beweismittel zu Augenschein und Sachverständigen, Beweis führende Subjekte, Konsequenzen, Beweiswürdigung.

sind Gegenstand einer wahren oder unwahren Behauptung. Im übrigen handelt es sich nur um „Richtigkeit" oder „Unrichtigkeit" von Behauptungen, d. h. das Übereinstimmen mit einer Richtschnur oder Norm, des Denkens, Urteilens, des Verstandes oder der Vernunft, des Rechts, der Religion u. s. w. Für die Prüfung der Richtigkeit dient die Vergleichung mit einer Norm und die Normgemäfsheit als Ergebnis dieser Vergleichung ist eben Richtigkeit der Behauptung. Für die Prüfung der Wahrheit einer Behauptung giebt es keinen solchen Mafsstab, sondern die Annahme der Wahrheit setzt sich zusammen aus Gründen der Lebenserfahrung, welche das Für-Wahrhalten bilden*).

In der Logik spricht man von „formaler Wahrheit" und darunter ist die formelle Richtigkeit des Denkens oder Urteilens gemäfs den Gesetzen der Logik zu verstehen. Gedanken, Schlufsfolgerungen, Annahmen sind unantastbar, formell richtig, ohne dafs aber ihr Inhalt wahr zu sein braucht; hier nun ist es, wo die Begriffe: richtig und wahr verwechselt werden. „Die Annahme der Wahrheit dieser Thatsache ist richtig" ergiebt sofort den Unterschied der beiden Begriffe; damit wird gesagt, dafs derjenige, welcher zu der Annahme der Wahrheit dieser Thatsache (ihres Bestehens) gelangt ist, bei

*) Lotze, Logik, §§ 270 ff. behauptet, dafs wir Gewifsheit über die Wirklichkeit einer Thatsache nur durch eigene unmittelbare Wahrnehmung erhalten, aufserhalb dieser aber in der Berurteilung der Wirklichkeit auf Wahrscheinlichkeit beschränkt sind, dafs sich jedoch die genauere Abschätzung derjenigen Wahrscheinlichkeiten, die auf den mehr oder minder bekannten inneren Zusammmenhang gegebener Thatumstände sich gründen, den allgemeinen Anweisungen der Logik entziehen und der sachlichen Kenntnis des jedesmaligen Falles überlassen bleibe. Die dem Für-Wahrhalten zugrunde liegenden Vorstellungen sind vergleichende und zusammensetzende nach allgemeineren Erfahrungsvorstellungen; jede Erscheinung hat ihre Zusammenhangsursache und es kann bei der Abschätzung der sich dem Denken darbietenden, verschiedenen äquivalenten Thatsachen, welche die fragliche Wirkung hervorgebracht haben mögen (denkbare Möglichkeiten), nur eine als die nach der Erfahrung glaubhafteste zur Annahme kommen und in die Schlufsfolgerung als Prämisse eingestellt werden. Von da an beginnt die Mitwirkung der Logik bei der Fortsetzung der Denk- und Urteilsthätigkeit in der Beweiskonstruktion.

der geistigen Verarbeitung der Erkenntnismittel den Sätzen der Erfahrung und des Denkens und Urteilens gemäfs verfahren ist, dafs er also die Gründe des Für-Wahrhaltens, welche sich ihm aus der Erfahrung darboten, richtig, das ist genügend nach den Regeln des Denkens und Urteilens, verwertet hat; so verbindet sich die Wahrheitserkenntnis mit der Logik, als Lehre von den Gesetzen des wissenschaftlichen Denkens.

2. Weiter sind es die Begriffe von Wirklichkeit, Wahrheit, Gewissheit, Wahrscheinlichkeit, Möglichkeit und Vermutung, Glauben und Überzeugung, welche für die Argumentation von gröfster Bedeutung sind und daher einer kurzen Begrenzung bedürfen.

Die Wirklichkeit (das Reale) ist das in der dem Menschen erkennbaren Aufsenwelt Bestehende, von welchen er sich in seiner Vorstellung ein Bild schafft, durch sinnliche Wahrnehmung und geistige Verarbeitung (Anschauung, Einbildungskraft, Denken und Beurteilen des Vorgestellten). Thatsachen (faktische Umstände, Ereignisse) der Vergangenheit und Gegenwart werden im Rechtsverfahren durch Erklärungen der Beteiligten, durch Beweisaufnahmen u. s. w. der Beurteilung vorgestellt; davon macht sich die rekonstruierte Vorstellung ein Bild, zusammengesetzt aus mehreren Einzelheiten, Merkmalen, Thatbestandteilen. Die Wirklichkeit bleibt an sich oder „objektiv“, sachlich, „materiell“, innerlich, ursprünglich wahr; sie wird uns geistig erfafsbar durch unsere Erkenntnis, unsere Einbildungskraft, unsere weitere geistige Verarbeitung des Denkens, Schliefsens und Urteilens. Das Ergebnis dieser geistigen Erfassung ist ein Vorstellungsbild, welches von mehreren sich selbst gemacht, im grofsen Ganzen übeinstimmen, aber in Einzelheiten verschieden sein wird; je weniger Abweichungen in der Vorstellung mehrerer, desto mehr Sicherheit dafür, dafs das Bild der Einzelvorstellungen die Wirklichkeit treu oder wahr abspiegelt. Die Übereinstimmung des Abbildes und der Wirklichkeit selbst zu beurteilen entzieht sich der menschlichen Fähigkeit, weil letztere

selbst uns nur als Abbild zugänglich ist, durch Rekonstruktion der vergangenen Thatsachen*). Das Bewufstsein, dafs das Vorstellungsbild annähernd, relativ getreu oder ähnlich der Wirklichkeit sei, ist je nach der Stärke der Einzeleindrücke und deren geistiger Verarbeitung ein stärkeres oder schwächeres; es ist das Für-Wahr- oder Für-Wahrscheinlich- oder Für-Möglichhalten des Bestehens behaupteter Thatsachen oder des Nichtbestehens. Möglichste Erfassung der Wirklichkeit nach menschlichen Kräften ist unser Streben überall; es ist das Streben nach Erforschung der sogen. materiellen Wahrheit, des sachlichen Bestandes, — hier innerhalb der von den Prozefsgesetzen gezogenen Grenzen — welches die Unterlage einer gerechten Rechtspflege sein mufs. Was sich uns als Frucht dieses Strebens und Erforschens darstellt, ist und gilt uns, wenn wir es für wahrhalten, als „Wahrheit“, aber eben nur als sich uns darstellende, sogen. subjektive „Wahrheit“, deren Vorbild „die objektive Wahrheit“ für unsere Erkenntnis nur ein Ziel der Annäherung bleibt. Also „objektive oder materielle Wahrheit“ suchen wir möglichst zu erforschen, aber vermögen nur im günstigen Falle die höchste Stufe der menschlichen Erkenntnis, nämlich die Gewifsheit zu erreichen, d. i. das aus eigener Anschauung oder Wahrnehmung erlangte, eine Täuschung ausschliefsende Wissen von dem Geschehensein oder Bestehen oder das Gegenteil davon, welches einen Beweis überflüssig macht, wie meist der Augenschein oder Selbstwahrnehmung des Richters. Die Wahrheit tritt hier unmittelbar in die Erkenntnis und schliefst regelmäfsig eine gegenteilige Vorstellung aus. Würde aber die Wahrnehmung doch auf einer Täuschung beruhen, so wäre sie eine unrichtige und das daraus geschöpfte Wissen ebenso ein

*) Die Glosse zu Nov. 73 c. 1 bemerkt: Quid est veritas? ipse Deus — Veritas vero humanitatis potest dici notitia certae rei maxime per visum. — Gewifsheit über die Wirklichkeit giebt nur die eigene unmittelbare Wahrnehmung und nur unter der Voraussetzung, dafs die Deutung auch richtig sei, durch welche wir den Inhalt und die Ursache der sinnlichen Wahrnehmung (Objekt derselben), das innerlich Zusammengehörige, nach der Erfahrung und dem vernünftigen Denken geordnet, verknüpft und in ein Urteil zusammengefafst haben.

unrichtiges, die wahrgenommene Thatsache nicht wahr und somit die Gewifsheit zerstört. Ist aber die Vorstellung von einer Thatsache eine erst durch Personen oder Sachen auf uns übertragene und verursachte, z. B. durch Zeugen oder Urkunden, deren Aussagen bez. Bezeugungen wir in uns aufnehmen, mit mehr oder weniger erforderlicher geistiger Verarbeitung (s. g historischer und logischer Beweis), dann tritt die Wahrheit erst mittelbar und zwar mittels Beweises, aus Gründen der Erwägung in die Erkenntnis. Das Bewufstsein, dafs die Beweisgründe vollständig, richtig geordnet und im logischen und natürlichen Zusammenhang stehen, ist die Überzeugung von der Deckung des Vorstellungsbildes mit der Wirklichkeit, welche nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Annahme einer anderen realen Gestaltung ausschliefst und zwar als unrichtig, weil sie nicht den Sätzen der Erfahrung (Notwendigkeit, Wahrscheinlichkeit, Möglichkeit) und der Logik entsprechen würde. Darauf arbeitet namentlich die Beweisführung hin.

Das Bewufstsein aber, dafs die Annahme des Bestehens einer Thatsache oder des Gegenteils davon gewichtigere oder mehr Gründe für sich habe, als die Nichtannahme, dafs zwar nicht ein volles Für-Wahrhalten bis zum Ausschlufs der Gegenannahme eintreten könne, aber doch ein diesem sich annäherndes, weil der Schein der Wahrheit, des Bestehens oder Nichtbestehens, zu dem Für-Wahrhalten hindrängt, ist das Glauben an die Wahrheit, weil man sich dieser nahe zu befinden vermeint, und welche daher abgeschwächt hier als „Wahrscheinlichkeit“ bezeichnet wird. Die Richtigkeit jener Annahme beweist sich nach den Sätzen der Erfahrung und den Gesetzen des Denkens, besonders der logischen Folgerung.

Das Bewufstsein weiter, dass die Annahme eines Thatsachenbestehens oder des Gegenteils auf erfahrungsmäfsigen Möglichkeiten beruhe, welche durch andere nicht gerade ausgeschlossen werden und deshalb sich den Wahrscheinlichkeiten nähern, ist die Vermutung, welche nur vorläufig, die Annahme des Gegenteils nicht ausschliefsend, besteht, also

unter Vorbehalt des Beweises jenes, nämlich des Irrtums*). Hiernach unterscheidet man mit Recht Beweis- oder Überzeugungs-, Glaubens-, und Vermutungsgründe. Mit diesen Begriffen hat es die gerichtliche Redekunst bei der Argumentation hauptsächlich zu thun und die Beweisführung in ihrer zweifachen, gegensätzlichen Richtung strebt einer Verstärkung oder Abschwächung auf dieser Stufenleiter zu, je nachdem es gilt, zu begründen oder zu widerlegen; der Beweisführer drängt seine Argumente von der Vermutung zum Glauben, von diesem zur Überzeugung und Gewifsheit, von den Möglichkeiten zu den Wahrscheinlichkeiten und zu den subjektiven Wahrheiten, umgekehrt der Gegner diese Grade abwärts. Die Gegensätze von Wahrheit und Unwahrheit, Gewifsheit und Ungewifsheit, Wahrscheinlichkeit und Unwahrscheinlichkeit, Möglichkeit und Unmöglichkeit, Überzeugung, Glauben und Nichtglauben, Meinen und Irren, bewiesen und unbewiesen, vollständiger und unvollständiger Beweis, Wahrheits- und Wahrscheinlichkeitsbeweis, Beweis und Gegenbeweis u. s. w. beruhen auf den vorangeführten Begriffen und Bezeichnungen. Ihr richtiges Erfassen und ihr entsprechender Gebrauch bedingt jede Beweisführung**).

3. Das Ziel, auf dessen Erreichung das Gericht und die Parteien innerhalb ihrer Thätigkeitsbereiche hinarbeiten, ist, wie bemerkt, die möglichste Feststellung einer materiellen Wahrheit. Nach der Beweisaufnahme sind es die Beweisausführungen der Parteien, denen die Aufgabe zufällt, darauf ihre Rechtsansprüche zu stützen. Darüber kann kein Streit mehr sein, dafs in der deutschen und österreichischen Strafprozefsordnung alle mit der Organisierung

*) Verf. fufst hier auf früheren Ausführungen von 1860 in der angezogenen Abhandlung in Goltdammers Archiv a. a. O. und in der österreich. Vierteljahrsschrift (Haimerl): „Die rechtlichen Beweise und die gesetzliche Beweistheorie in der österreich. St.-P.-O." Vergl. auch v. Canstein a. a. O. S. 27,28.

**) Krugs Abhandlung von der Überzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Graden, Jena, 1797, und v. Globig, Theorie der Wahrscheinlichkeit, Regensburg, 1806, sind immer noch die Grund legenden Schriften auf diesem Gebiete.

des Verfahrens zusammenhängenden und vereinbarlichen Mittel und Wege gegeben sind, jenes Ziel in der Hauptverhandlung zu erreichen. Auch die deutsche Zivilprozessordnung und mehr noch der Entwurf einer österreichischen läfst das Gericht auf Grund der von den Parteien angebotenen Beweiserhebungen nach Kräften diesem Ziele zustreben*). Dazu erfordert man „die Freiheit des Richters und der Parteien in der Benutzung aller möglichen Mittel und Wege zur Feststellung der materiellen Wahrheit strittiger und entscheidender Thatsachen, ohne dem Richter die Pflicht aufzuerlegen, nach ihm unbekannten Mitteln der Feststellung der Wahrheit zu forschen, und ohne ihn zu berechtigen, die Angabe solcher Mittel von den Parteien zu fordern**)." Die Beschränkung des Richters im Zivilprozefs im Vergleich zu der von der Offizialmaxime des Strafverfahrens gebotenen Pflicht, zur Erforschung und Feststellung der Wahrheit alles, ohne Rücksicht auf die ihm zur Seite stehenden Parteien, zu thun, was ihm durch die Sachlage geboten erscheint, liegt darin, dafs die Angabe der Beweismittel zur Feststellung der Wahrheit der Parteibehauptungen, den Parteien überlassen bleiben soll ebenso wie die Aufstellung ihrer Behauptungen, deren freie Disposition dem Richter in dem Gebrauch seines Rechtes der Prozefsleitung und Sacherörterung, sowie einer auch hierauf gerichteten Pflichtübung eine Zurück-

*) Es ist zwar dies in der deutschen Z.-P.-O. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber es ergiebt sich aus den meisten Bestimmungen über das Prozefsleitungsamt und die Beweisaufnahme. Die Motive zu § 245 S. 471 ergeben die Anerkennung des logischen Beweises neben dem historischen, als einer besonderen Beweisart, nicht einer blos „künstlichen" des historischen Beweises. Auf die Ausnahmen von der Regel der Feststellung materieller Wahrheit kann hier nicht weiter eingegangen werden und es wird deshalb auf die Ausführungen bei v. Canstein a. a. O. S. 44—52 verwiesen.

**) Vergl. v. Canstein a. a. O. S. 43. Die s. g. Instruktionsmaxime des Prozesses der früheren preufsischen Gerichtsordnung §§ 16 und 17 lautete dahin, dafs der Richter an die Angabe der Beweismittel durch die Parteien nicht gebunden sei, sondern das Recht und die Pflicht habe, andere Mittel, die aus dem Vortrage der Parteien und aus dem Zusammenhang ihrer Verhandlungen zur Erforschung der Wahrheit sich ergäben, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien anzuwenden.

haltung auferlegt, wie sie der Strafprozefs nicht kennt, und insofern mufs sich der Richter mit den Ergebnissen seiner Bemühungen um die möglichste Erreichung der materiellen Wahrheit begnügen, soweit sein Recht und seine Pflicht nicht unter den von dem leitenden Grundsatz des Zivilprozefses gesetzten Schranken stehen*). Deshalb ist aber für ihn die ermittelte Wahrheit nicht eine blos „formelle", wie man sonst annahm**), sondern nur eine durch die Dispositions- oder Verhandlungsmaxime begrenzte materielle Wahrheit, wie man sie auch wohl bezeichnete: eine Parteienwahrheit zur Grundlegung des zu erkennenden jus inter partes; es ist eine relative, wie sie eben Parteien und Richter gemeinsam unter der Herrschaft jener Prozefsmaxime zu erreichen vermochten. Denn das darf man sich nicht verbergen, dafs jede Partei nach besten Kräften die Wahrheit ihrer Behauptungen darzuthun bemüht sein wird und ebenso die Unwahrheit der gegnerischen, dafs aber unter dem Prozefsleitungsamt des Richters jedem Bestreben, die Wahrheit an sich im einseitigen Interesse zu verdunkeln, entgegenzutreten ist, damit nicht blos Parteienwahrheit, sondern die sachliche, materielle Wahrheit zur Geltung komme, wenigstens im Interesse der Beweispflichtigen***).

*) In Ehestreitigkeiten und im Entmündigungsverfahren ist die freie Verfügung der Parteien beschränkt und insoweit kann durch Geständnis und Anerkenntnis eine „formelle Wahrheit" nicht die Feststellung der materiellen Wahrheit entbehrlich machen; vergl. österreich. Entw. §§ 638, 646, 678.

**) Auch Verf. hat 1858 in den „leitenden Grundsätzen und Hauptformen des Strafverfahrens" a. a. O. S. 42 behauptet, dafs, auch wenn die Parteien die Erreichung materieller Wahrheit erstrebten, das Dargethane für den Richter immer nur formelle Wahrheit sei, da er selbst sich indifferent gegen das Material des Rechtsstreites zu verhalten habe, über welches allein zu verfügen die Parteien berechtigt seien. Die Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime ist, eben um an die Stelle des rein formellen Rechts mehr materielles zu bringen, im neueren Zivilprozefs erheblich abgeschwächt. Von der Partei hängt es ab, ob sie Thatsachenbehauptungen zugestehen oder festgestellt haben will; die aus dem Geständnis, der Versäumnis, den gesetzlichen Beweisregeln sich ergebende Wahrheit wird sonach allein noch als „formelle" bezeichnet werden dürfen.

***) Sehr viel weiter will v. Canstein a. a. O. S. 42 und 43 „das Prinzip der materiellen Wahrheit" für die künftige österreich. Z.-P.-O.

4. Eine „qualitative Abschwächung“ der Gewifsheit oder subjektiver Wahrheit ist die **Wahrscheinlichkeit** genannt worden und man hat dem „Wahrheitsbeweis“ den Wahrscheinlichkeitsbeweis, dem Beweis i. e. S. die „**Bescheinigung**“ oder „**Glaubhaftmachung**“ entgegengestellt*). Unter dem System der freien Beweiswürdigung ist der Richter frei in bezug auf die Beurteilung der Beweisfähigkeit der Beweismittel, des Wertes der Beweisgründe und der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweissatzes, indem es in seinem Befinden liegt, nach **welchen** Sätzen des Denkens und der Erfahrung aufser den gesetzlichen Schranken, er sein Urteil begründen will. Vermöge seiner Amtspflicht hat er die Beweisführung frei nach den Regeln des Denkens und Erfahrungswissens zu beurteilen, also nicht blos nach einem auf Gefühlsunklarheit beruhenden Gesamteindruck, vollends nicht nach Willkür, sondern auf Grund einer Reflexion (Erwägung des verständigen Denkens und Beurteilens), welche in fafsbaren

ausgedehnt wissen; aufser dem Fragerecht, sowie dem Recht, bildliche Darstellungen, Pläne, Risse u. s. w. zu fordern, soll dem Richter freistehen, die von den Parteien angebotenen Beweismittel trotz des Verzichts der Parteien auf deren Erhebung, sowie jene Beweis- und Feststellungsmittel überhaupt in Anwendung zu bringen, welche ihm auch ohne Anbieten zu Gebote ständen, also nur benannte Zeugen, Urkunden, von denen der Richter Kenntnis erhielt. „Die Aufnahme des gerichtlichen Augenscheins, die Anordnung einer Beweisaufnahme durch Sachverständige, die Vernehmung der Parteien als Zeugen in eigener Sache, der logische Beweis bei festgestellter Wahrheit der Beweisgründe, können ganz ohne Initiative der Parteien angeordnet werden, und soll es daher dem Richter freistehen, dieselben von Amtswegen zu veranlassen, wobei aber immer im Auge zu behalten ist, dafs die Feststellung der Wahrheit, obwohl gemeinsames Recht und gemeinsame Pflicht der Parteien und des Richters, doch immer im Endresultate im Interesse des Beweispflichtigen geschieht und er daher auch hier als Beweisführer erscheint.“ Ja sogar die Privatkenntnis des Richters soll nicht ganz ausgeschlossen werden, denn was nütze es, wenn die Parteien vor ihm Beweise führen und er die Überzeugung habe, dafs dieselben nicht die Wahrheit bestätigen, indem seiner Privatkenntnis zufolge Urkunden, Zeugen u. s. w. in einem anderen Prozesse, einer Strafsache oder in Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Gegenteil bewiesen haben, diese Gründe könnten ihn veranlassen, trotz des evidenten Beweises eine Thatsache als unwahr anzunehmen und im Urteile die Überzeugung von der Unwahrheit zu begründen.

*) Haarmann in Busch's Zeitschrift für Zivilprozefs, I. S. 142, ff.: „Die Glaubhaftmachung des § 266 Z.-P.-O.“

Gründen sich vereinzelt und im ganzen erkennbar machen soll. Wo nun nicht Uberzeugungsgründe das Denken und Urteilen zur Überzeugung von der Wahrheit führen, sondern nur Glaubens- und Vermutungsgründe vorhanden sind, tritt die Glaubhaftmachung an die Stelle der Beweisführung und deren Ergebnis ist nur Wahrscheinlichkeit. Gegenüber den Beweisgründen, welche immer nur bewiesen sein, d. h. als gewifs feststehen müssen, können und brauchen die Glaubens- und Vermutungsgründe, auch wenn nicht als wahr, doch als wahrscheinlich gemacht ausreichen, indem die Wahrscheinlichkeit einer Thatsache sowohl aus der Wahrheit als auch nur aus der Wahrscheinlichkeit anderer Thatsachen mittels Schlufsfolgerung abgeleitet werden kann*).

An diesen Unterschied knüpfen sich auch noch heute mancherlei prozessualische Erscheinungen.

a. Eine Unterscheidung von gründlicher und oberflächlicher Beweisführung je nach den Zwecken derselben ist vor dem System der freien Beurteilung des Richters durchaus gerechtfertigt. Während sonst in der Bescheinigung der Wahrscheinlichkeits-Minderbeweis, wenn er auch unter Beobachtung aller Beweisförmlichkeiten des ordentlichen Prozefses unternommen war, und ebenso eine einseitige Beweisführung, wenn auch mit vollen beweistüchtigen Mitteln, begriffen wurde, ist im heutigen Prozefs unter der Herrschaft der freien Thatsachenwürdigung das Gericht schon ohne alle Beweisaufnahme, wenn die fr. Behauptung nach den Umständen des Falles schon als glaubhaft erscheint, in der Lage, die Wahrscheinlichkeit anzunehmen und von der angebotenen Beweisaufnahme abzusehen. In einer grossen Reihe von

*) Das summatim cognoscere war bei den Römern eine nur oberflächliche Prüfung des von den Parteien in gewissen Fällen unter Verzicht auf die sonstige Gründlichkeit vorgetragenen Beweismaterials. Im gemeinen Zivilprozefs entwickelte sich daraus eine ausgebildete Bescheinigungslehre bez. vom prima facie-Beweis, auf welchem die Theorie der summarischen Prozesse fufste. Werden Glaubens- und Vermutungsgründe mit ihrer Anführung gleichzeitig wahrscheinlich gemacht, so nennt man dies „Bescheinigung“, andernfalls aber „Glaubhaftmachung“.

Fällen, besonders in denen durch die beantragte Entscheidung den Rechten des Gegners nichts benommen wird, hat die deutsche Zivilprozefsordnung anstatt eines förmlichen Beweises die blofse Glaubhaftmachung (Bescheinigung) einer thatsächlichen Behauptung für ausreichend erachtet*).

Das eigentliche Gebiet der Wahrscheinlichkeit im bürgerlichen Rechtsverfahren liegt aber in der Vorschrift über den richterlichen Eid, welcher „ein Kind des Prinzips der freien Beweiswürdigung“ genannt wird**). In der Praxis begegnet man, ganz besonders in den Ausführungen der Rechts-

*) Vergl. § 266. Die Fälle sind enthalten in §§ 44, 49, 68, 99, 202, 214, 271, 332, 351, 371, 395, 397, 400, 406, 449, 454, 455, 506, 647, 650, 651, 688, 690, 710, 711, 784, 795, 800, 815, 840, 858, 869. Die Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unzulässig; daher sind Zeugen, wenn nicht ihre Vernehmung vorher erfolgt war und ihre Aussagen nicht mit dem Antrag überreicht werden können, mit in die Sitzung zur Vernehmung einzuführen, wenn eine Entscheidung nachgesucht wird, die eine mündliche Verhandlung beider Teile, also Gehör des Gegenteils, voraussetzt, da eine durch Beweisbeschlufs einzuleitende Beweisaufnahme hier nicht vorkommen darf. „Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschiebung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.“ Auch in der Zivilprozefsordnung nicht erwähnte Beweismittel sind zulässig, z. B. nicht beeidigte Privaterklärungen von Zeugen sind Bescheinigungsmittel, und die freie Beweiswürdigung tritt hier in ihr vollstes Recht ein, indem auch ihre gesetzlichen Beschränkungen durch Beweisregeln wegfallen.

Auch die deutsche Strafprozefsordnung hat Fälle der „Glaubhaftmachung, Bescheinigung“ u. dgl. z. B. für den Grund der Ablehnung eines Richters (mit Ausschlufs des Eides als Mittel der Glaubhaftmachung) in § 26, ähnlich für die Begründung der Ablehnung eines Sachverständigen in § 74 und für Versäumnifsgründe in § 45, für die Zeugnisverweigerung durch eidliche Versicherung des Zeugen in § 55; vergl. noch §§ 120, 229, 370, 452 St.-P.-O.

**) Vergl. v. Bülow a. a. O. zu § 434 der deutschen Z.-P.-O., welcher lautet: „Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.“

Auch der Schätzungseid in § 260, die eidliche Versicherung der Wahrheit der glaubhaft zu machenden Behauptungen in § 266, der Eid, welchen das Gericht über die Beschaffenheit und den Inhalt einer Urkunde dem Gegner im Falle einer Beseitigung und Untauglichmachung einer Urkunde abfordern kann (§ 409, 437 u. 259 Z.-P.-O.), fallen unter die Sätze vom richterlichen Eid.

anwälte, noch einem Anhängen an der auf strenger Beweistheorie früherer Prozefsgesetze und des gemeinen Prozefses fufsenden Anschauung, als sei in dem richterlichen Eid der deutschen Zivilprozefsordnung der frühere, sog. notwendige Eid (Erfüllungs- oder Reinigungseid) enthalten mit der Grundlage des Erfordernisses eines sog. halben, bezüglich darüber oder darunter erbrachten Beweises. Damit hat das neuere Recht vollständig gebrochen; denn vor allem ist für die Erkennung des richterlichen Eides grundsätzlich nicht einmal eine Beweisaufnahme als notwendig vorhergehend vorausgesetzt, vielmehr kann der Richter, wie er nach § 259 Z.-P.-O. schon aus der mündlichen Verhandlung allein eine Thatsache oder deren Gegenteil für unbedingt bewiesen erachten darf, dasselbe für bedingt durch den richterlichen Eid bewiesen erachten. Er soll dies letztere allerdings nicht willkürlich thun, sondern das Gesetz macht zur Voraussetzung einen „unvollständigen Beweis", welcher Gegensatz zu dem „vollständigen" allein noch ein berechtigter ist, in der Fassung, dafs „das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend" sei, „um die (volle) Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen." Darin liegt, dafs er entweder aus den mündlichen Verhandlungen oder aus einer etwaigen Beweisaufnahme, oder aus beiden zusammen wenigstens vorbereitende Eindrücke der Wahrscheinlichkeit für die etwaige Annahme des Bestehens der zu erweisenden Thatsache gewonnen habe*); wie weit diese

*) v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 602: „Die Erwägung, dafs aufser dem Gebiete des rein logischen Denkens und der mathematischen Schlufsfolgerungen stehend der s. g. historische Beweis des Geschehenen für die mafsgebende Überzeugung (§ 259) keine Gewifsheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit ergeben kann, und die Rücksicht auf die Verstärkung oder Beseitigung einer Wahrscheinlichkeit durch die religiöse und strafrechtliche Sanktion des Parteieides hat den s. g. notwendigen Eid beibehalten lassen." Es ist nicht nötig, dafs vor Auferlegung des richterlichen Eides erst alle angebotenen Beweise erschöpft sein müfsten, selbst die Eideszuschiebung braucht nicht berücksichtigt zu werden. Der richterliche Eid dient allerdings zur

Eindrücke sich der Gewinnung einer festen Überzeugung genähert haben sollen, das liegt ganz im Ermessen des Richters und die Parteien haben daher hier ein weites Feld der Beweisführung aus der Wahrscheinlichkeit.

Die positiven Beweisregeln, welche das richterliche Ermessen in der Freiheit der Beweiswürdigung beschränken, sind für den Richter auch bei Auferlegung eines richterlichen Eides mafsgebend, z. B. die die Urkunden betreffenden Beweisregeln oder die Vorschriften in §§ 428 Abs. 1 und 429 Z.-P.-O. Dagegen ist das richterliche Ermessen unbeschränkt bei der Entscheidung der Frage, welcher Partei der richterliche Eid aufzuerlegen sei?, indem eine Rücksicht auf die Beweispflicht hierbei nicht zu nehmen sein soll, da es nur darauf ankomme, „durch die eidliche Versicherung der einen oder anderen Partei die noch fehlende Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen“ (Motive, S. 202)*). Ebenso wenig beschränkt ist das richterliche Ermessen durch den Umstand, dafs die eine Partei nur einen Überzeugungseid leisten kann, während die andere einen Wahrheitseid schwören könnte (§ 410 Z.-P.-O.), da die Gründe für die Beschränkung der sog. Ignoranz- und Glaubenseide nur die Eideszuschiebung treffen sollen; daher steht es dem Richter frei, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Überzeugung für erheblich erachtet,

Ergänzung der richterlichen Überzeugung und hätte keinen Grund, wenn nach des Richters Überzeugung gar nichts erwiesen sei. Sonst ist aber jede Thatsache (§§ 410, 413 Z.-P.-O. sind hier ausgeschlossen), auch eine solche, welche auch erst mittelbar durch Verbindung mit anderen oder durch Schlufsfolgerung (als Anzeichen) zur Überzeugung von dem Bestehen der für einen Rechtsanspruch erheblichen Thatsache führen kann, Gegenstand des Eides, natürlich soweit sie von einer Partei behauptet und andererseits bestritten worden sind (Dispositions- und Verhandlungsmaxime).

*) Die materiell-rechtliche Beweislast bleibt aber zu beachten, sofern der Beweispflichtige nichts erwiesen oder die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat; vergl. v. Wilmowski u. Levy a. a. O.

von dieser Partei einen Eid in der Form des Überzeugungseides zu fordern (Motive, S. 287).

6. Auf dem Gebiete des Strafverfahrens sind die Begriffe von Wahrheit, Gewifsheit, Wahrscheinlichkeit, Überzeugung, Glauben und Vermuten mehr als in irgend einem mit Hilfe der Philosophie erläutert und zu begrenzen versucht worden und man hat sich vielfach abgemüht um eine Unterscheidung des Wahrheits- und Wahrscheinlichkeitsbeweises *). Im allgemeinen ist bis in die neuere Zeit die Forderung der Gerechtigkeit dahin gestellt gewesen, dafs die Wahrscheinlichkeit genüge zur Begründung einzelner strafprozefsualischer Schritte (§§ 102, 103, 137, 150, 168, 170, 201 St.-P.-O.), nie aber zur Verurteilung, welche Gewifsheit der Schuld voraussetze. Diese „empirische“ oder „historische“ Gewifsheit wird stets nur durch die Überzeugung des einzelnen Beurteilers oder bei einem Kollegium von Richtern durch ein Übereinstimmen aller oder der Mehrzahl der Beurteiler bedingt, nämlich durch Aufstellung eines Syllogismus, bei welchem ein allgemeines Erfahrungsgesetz den Obersatz und die vorliegende Thatsache den Untersatz bildet. Da sie aber die Undenkbarkeit des Gegenteils nicht in sich schliefst, hat man sie auch einen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit genannt und sie auf dasjenige beschränkt, „was nach menschlicher Erkenntnis nicht anders sein kann, wovon das Gegenteil vernünftiger Weise sich gar nicht denken läfst.“ **) Angesichts der im § 260 der deutschen und § 258 der österreichischen Strafpro-

*) Die preuss. Kriminalordnung von 1805 § 393 nimmt Gewissheit an, „wenn für die Wahrheit eines Umstandes vollkommen überzeugende Gründe vorhanden sind und nach dem gewöhnlichen Laut der Dinge ein bedeutender Grund für das Gegenteil nicht wohl denkbar ist“, und Wahrscheinlichkeit (§ 396), „wenn erhebliche Gründe für die Wahrheit eines Satzes, aber auch Gründe dagegen vorhanden sind, welche durch jene Gründe nicht können gehoben werden.“

**) H. A. Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozesses II. § 137. Geyer, Lehrbuch a. a. O. § 199. Neben der Vernunftnotwendigkeit, welche aus dem dialektischen, unter der Herrschaft logischer Gesetze stehenden Beweis gefolgert wird, steht die Erfahrungsnotwendigkeit, welche das Wissen aus den Sätzen der Erfahrung (Wiederholung) als unausbleibliche kennt.

zefsordnung zur gesetzlichen Anerkennung gekommenen freien Beweiswürdigung kommt es nur auf die nach Lage der Sache gewonnene Überzeugung des Richters an und zwar für die erkennenden Richter auf die „aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung“ bezw. in Österreich „aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnene Überzeugung“, bei der Entscheidung über das Ergebnis der Beweisaufnahme; daher findet ein Unterschied zwischen dem Wert eines direkten und indirekten bezw. Indizienbeweises nicht mehr statt, ein Zwang zur Benutzung bestimmter Arten der Beweiserhebung zur Feststellung des äufseren Thatbestandes besteht nicht mehr u. s. w. Aber die Offizialmaxime gebietet nicht blos dem Staatsanwalt von Amtswegen zur Feststellung der materiellen Wahrheit, auch im Interesse der Beschuldigten (§ 158 der deutschen u. § 34 Abs. 2 der österreichischen St.-P.-O.) mitzuwirken, sondern auch und namentlich den Richtern, diese zu erforschen.*)

Eine Vergleichung der Gesetzesmaterialien zu § 201 der deutschen Strafprozefsordnung wird ergeben, dafs auf blofse Vermutungen hin, was die Doktrin stets gefordert hat, nie eine Verurteilung erfolgen dürfe, aber auch nicht auf eine einfache Wahrscheinlichkeit hin. Nach § 201 beschliefst das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn nach den

*) Die Motive zur deutschen St.-P.-O. § 261 S. 188 und 189 bemerken: „Der Strafrichter, welcher über die Strafbarkeit einer Handlung befinden soll, hat auch alle einzelnen Voraussetzungen dieser Strafbarkeit zu erörtern und festzustellen. Hierbei kann es keinen Unterschied machen, ob eine dieser Voraussetzungen in einem Rechtsverhältnisse besteht, welches Gegenstand einer Entscheidung des Zivilrichters sein kann oder vielleicht schon gewesen ist. Denn vermöge der Aufgabe des Strafprozesses, möglichst materielle Wahrheit zu erforschen, darf der Strafrichter seiner Entscheidung überall nur solche Thatsachen zugrunde legen, welche sich wirklich ereignet haben, während die Entscheidung des Zivilrichters unter dem Einflufs zivilprozessualischer Grundsätze zustande kommt, der häufig von gesetzlichen Vermutungen und jedenfalls von dem Gebrauche abhängt, den die Parteien von ihren prozessualischen Befugnissen und insbesondere von ihren Beweismitteln machen.“ Auch nach § 232 der österreich. St.-P.-O. ist der Vorsitzende der Hauptverhandlung „verpflichtet, die Ermittelung der Wahrheit zu befördern“ und hat dazu die ihm nach §§ 248—254 verliehenen Befugnisse.

Ergebnissen des Vorverfahrens „der Angeschuldigte einer strafbaren Handlung hinreichend verdächtig erscheint.“ Dazu wird in den Gesetzesmotiven bemerkt, dafs sich über das Mafs von Beweisen besondere Vorschriften nicht geben lassen, indem der für die Urteilsfällung in § 260 gegebene Forderungssatz der freien Beweiswürdigung analoge Anwendung zu finden habe. Wenn also der Beschuldigte nicht dermafsen belastet erscheint, dafs eine Verurteilung desselben nicht einmal mit „einiger Wahrscheinlichkeit“ zu erwarten stehe, so soll das Hauptverfahren nicht eröffnet werden. Von der Voraussetzung früherer deutscher Partikulargesetze, dafs „dringender Verdacht vorliege“, ist also hier zurückgegangen und damit die Möglichkeit, Straffälle zur Hauptverhandlung zu bringen, bedeutend erweitert worden. „Dringender Verdacht“ der Thäterschaft, bezw. Teilnahme ist jetzt nur Voraussetzung zur Erlassung eines Haftbefehls. Aber anerkannt wird von den Motiven, dafs wegen der Setzung eines Angeschuldigten aufser Strafverfolgung die Voraussetzungen in betreff der Würdigung des Beweises andere sind, als die eines freisprechenden Urteiles. Dieses müsse ergehen, wenn der Richter aus der Verhandlung nicht die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gewonnen habe, dagegen werde ein „Einstellungsbeschlufs“ nur dann gerechtfertigt sein, wenn die vorliegenden Beweise nicht genügten, um die Wahrscheinlichkeit der Schuld des Anzuklagenden darzuthun. Umgekehrt werde, wenn es sich um einen eines Beweises bedürfenden Strafausschliefsungsgrund, z. B. Notwehr, handle, der erkennende Richter den letzeren schon im Zweifel für bewiesen erachten können, während für einen, auf einen solchen Grund zu stützenden „Einstellungsbeschlufs“ ein, wenn nicht die Gewifsheit, so doch die höchste Wahrscheinlichkeit begründender Beweis erfordert werden müsse und das beschliefende Gericht im Zweifel die weitere Erörterung und die Feststellung des behaupteten Strafausschliefsungsgrundes der mündlichen Verhandlung vorbehalten werde. Aufserdem wird in den Motiven

S. 174 noch anerkannt, dafs bei geringfügigen Strafsachen ein geringeres Mafs von Beweisen genügen werde und müsse, z. B. die Anzeige eines öffentlichen Beamten bei einer Polizeiübertretung, zur Erhebung der Anklage. Bei einem auf Setzung eines Angeschuldigten aufser Verfolgung lautenden Gerichtsbeschlufs (von den Motiven noch „Einstellungsbeschlufs" genannt) bedarf es keiner weiteren Begründung des Umstandes, weshalb die Beweise für die Thäterschaft des Angeschuldigten unzureichend befunden werden oder weshalb dieser als in Notwehr gehandelt zu haben erachtet werde, sondern nur der Anführung, dafs das Gericht dieser Ansicht oder Überzeugung gewesen sei.

Für die Argumentation der Parteiredner in den Schlufsreden ist sonach der Unterschied von Gewifsheit und Wahrscheinlichkeit von der hervorragendsten Bedeutung.

Es ist ein in der Doktrin festgehaltener Satz, dafs die Verurteilung eines Angeklagten durch die Gewifsheit sämtlicher zum Anschuldigungsbeweis gehöriger Umstände bedingt ist, die Notwendigkeit einer Freisprechung aber schon durch die blofse Wahrscheinlichkeit des vorliegenden Entlastungsbeweises begründet wird, indem letztere die Annahme der Gewifsheit der Schuld unmöglich macht*). Hierin beruht allein noch die „Begünstigung des Verteidigungsbeweises" (favor defensionis) nächst dem Satze: in dubio pro reo. Der Ankläger hat daher stets einen vollständigen Anschuldigungsbeweis, also historische oder juristische Gewifsheit der Schuld zu erbringen; die Verteidigung kann auf die Wahrscheinlichkeit ihrer Behauptungen gestützt werden, wodurch jene Gewifsheit abgeschwächt wird. Erhebliche Zweifel an der Schuld entstehen schon dann, wenn im Entlastungsbeweis Gründe enthalten sind, denen nicht alle Bedeutung abzusprechen ist; daher genügt es schon zu einem Antrag auf Freisprechung, dafs die Unwahrscheinlichkeit des

*) H. A. Zachariä a. a. O. II. S. 414.

Entschuldigungsbeweises gering ist; aber umgekehrt mufs ein hoher Grad von Unwahrscheinlichkeit des letzteren vorliegen, „wenn die Verurteilung einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für ihre Richtigkeit in Anspruch nehmen darf" *).

An diesen Grundzügen mufs die Praxis der Gerichte festhalten und es ist besondere Aufgabe der Verteidiger, als Anwälten der bürgerlichen Gesellschaft, auf deren Einhaltung zu bestehen und die Ankläger dadurch mittelbar zu nötigen, den vollen Beweis der Schuld zu führen oder die Anklage aufzugeben; andererseits aber haben die Staatsanwälte die Aufgabe, sich vor einem Hinaufschrauben der Wahrscheinlichkeit zur Gewifsheit zu hüten und vor einem Verschliefsen gegen die Zweifel, welche der Entlastungsbeweis erweckt hat. Es kann von beiden Seiten her in den einzelnen Fällen nicht genug auf das Wesen dieser täglich zur Anwendung kommenden Grundbegriffe der Beweisführungen zurückgegangen werden; denn in seinem richtigen Verständnis liegt die wahre und einzige Gewähr für die so schwierige und eine schwere Verantwortung mit sich bringende Beantwortung der Schuldfrage.

*) Geyer a. a. O. S. 709. Erschüttert wird der Anschuldigungsbeweis erst dann, wenn für die entschuldigenden Thatsachen-Behauptungen Gründe vorliegen, welche jene nicht als ganz und gar unwahrscheinlich ansehen lassen. Die deutsche St.-P.-O. § 296 und 294 läfst genügende Bürgschaften für diese Auffassung vermissen, denn die ganz einfache Behauptung von Strafaufhebungs-, Milderungs- und Minderungsgründen, ohne alle Wahrscheinlichmachung, kann zur Vorlegung von Hilfs- oder Nebenfragen an Geschworene führen, da eine solche nur aus Rechtsgründen abgelehnt werden darf. In § 320 der österreich. St.-P.-O. wird für die Stellung von Fragen über eine Minderschuld die Behauptung von Thatsachen, deren Wahrheit vorausgesetzt, erfordert; darüber wird eine Diskussion der Parteien stattfinden müssen und die Fragen werden bei nicht völliger Unwahrscheinlichkeit zu stellen sein — ohne dafs dem Urteil der Geschworenen durch ihre Zulassung vorgegriffen wird.

§ 39.

E. Beweismittel und Beweisgründe*).

1. Beweismittel im weitesten Sinn ist alles, wodurch die Überzeugung bestimmt werden kann; indessen in dem engeren juristischen Sinne ist es alles, was die richterliche Wahrnehmung und Verarbeitung des Beweisstoffes zur Urteilsbildung vermittelt; dahin gehört nicht blos die sinnliche Wahrnehmung, sondern auch die geistige Verarbeitung des Wahrgenommenen zu Schlufsfolgerungen (Beweismittel des empirischen oder historischen und des logischen Beweises). Der Inhalt, welchen das Beweismittel für die Beurteilung der Wahrheit des Beweissatzes darbietet, ist der Beweisgrund. Das Beweismittel ist Träger des Beweisgrundes, z. B. die Person des Zeugen ist das Beweismittel, welches zur Beweisaufnahme d. i. der Vernehmung dargeboten wird, die daraus festgestellte Aussage (ihr Inhalt) ist der Beweisgrund für die Annahme des Bestehens (der Wahrheit) der behaupteten Thatsache, oder die sinnliche Erscheinung der Urkunde vermittelt der Beurteilung den Inhalt derselben für die Annahme der Wahrheit des Behaupteten**). Beide, zumal bei der freien Beweiswürdigung und auch schon logisch auseinander zu haltende, Begriffe von Beweismittel, dessen Fähigkeiten (Anwendbarkeit und Güte) zu beweisen in Frage kommt, und Beweisgrund, dessen Beweiskraft oder Beweiswert (innere

*) Dieser Unterschied ist von der Doktrin und Gesetzgebung meist nicht beachtet worden und es ist v. Cansteins Verdienst a. a. O., auf die Bedeutung der Festhaltung desselben, zumal bei der freien Beweiswürdigung, hingewiesen zu haben Er soll in der nachfolgenden Beweislehre den „roten Faden“ bilden, der uns leiten soll.

**) „Als Beweisgrund (argumentum) für die Überzeugung des Richters, ob eine thatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr ist (§ 259 St.-P.-O.), dient der die Überzeugung bewirkende thatsächliche Stoff (causa efficiens — Urkundeninhalt, Zeugenbekundung), durch welches die materielle Wahrheit festgestellt wird. Als Beweismittel (instrumentum) dienen die zur Darlegung der Beweisgründe dienenden, ihre Vorführung vermittelnden Werkzeuge — Person oder Sache, die wahrnehmbaren Erscheinungsformen der Beweisgründe: Zeugen und Urkunden, und neben ihnen das durch das Gesetz künstlich sanktio-

Wahrscheinlichkeit) der Würdigung unterliegt, werden häufig noch vermengt infolge der Nachwirkungen der früheren Legaltheorie, welche vielfach die Beschaffenheit des Beweismittels für die Beweiskraft dessen, was es darbietet, d. h. die Form für den Inhalt entscheiden liefs, wie z. B. in der Urkundenlehre, wo Beweisfähigkeit (Echtheit u. s. w.) und Beweiskraft des Inhalts sich vermischen. Daneben werden auch noch Beweisersatzmittel („Beweissurrogate") auf- und vielfach den Beweisgründen gleichgestellt, d. h. Momente, welche dem Richter die besonderen Akte zur Erkenntnis der Wahrheit ersparen, da, „wo Parteienakte oder sonstige Umstände die rechtlich anerkannte Wirkung haben, dafs für den Richter nichts mehr zu untersuchen bleibt (Präsumtion, Geständnis, Eid)*)."

2. Die Beweisgründe werden heutzutage aus allgemeinen empirischen oder historischen Kenntnisquellen, insofern sie unter der gesetzlich geforderten Form vorliegen, geschöpft. Diese Quellen sind: das Bewufstsein der Parteien in dem Geständnis und der Eidesleistung oder Eidesverweigerung, das des Gerichts in unmittelbarer Beobachtung („leibliche Beweisung" im Sachsenspiegel), Notorietät und Rechtsvermutung, das Bewufstsein dritter Personen (Zeugen und Sachverständiger), ferner die sinnlich erkennbare Beschaffenheit der Personen und Sachen (Urkunden). Die Denk- und Beurteilungsergebnisse in Schlufsfolgerungen (Reflexion und Argumentation aus Hilfsthatsachen oder Anzeichen) treten als Erkenntnisquellen zu jenen oder bilden für sich die logischen Kenntnis-

nierte Mittel des Eides"; s. v. Wilmowski und Levy a. a. O. S. 381, nach v. Canstein in Busch's Zeitschr. f. Zivilproz. I. S. 257—369, Heusler im zivilist. Archiv Bd. 62, S. 219 ff., welcher bei seinem Unterschied von „dialektischem" und historischem Beweis nur bei ersterem Sätze, bei letzterem bestimmte Thatsachen als Beweisgründe, bei ersterem gar keine, bei letzterem Personen und Sachen als Beweismittel oder „Träger der Wahrnehmung oder der Überlieferung" kennt.

*) Endemann, Beweislehre, S. 38 und § 28 ff. Derselbe systematisiert die Beweisgründe als „uneigentliche und eigentliche" und stellt unter letztere Aussagen die Auskunftspersonen, die Urknnden und

quellen des sogen. künstlichen, mittelbaren oder logischen Beweises im Gegensatz zu dem historischen Beweis*).

Wenn man auch Erklärungen der Parteien (Geständnis und Eid), Notorietät und Rechtsvermutung hat ausschliessen wollen, weil es hier keiner formellen Beweisaufnahme bedürfe, so bieten doch die Streitteile die Benutzung dieser Kenntnis- und Beweisquellen an und suchen vermittels derselben zu beweisen. Der Unterschied liegt also hier nur, gegenüber den eigentlichen Beweismitteln, in der Vermittelung des Beweisgrundes durch eine hierfür erforderliche, dort entbehrliche besondere Thätigkeit (Beweisaufnahme). Die Beweisausführung hat daher bei Gebrauch dieser Begründung eben nur die volle Dekung des zu beweisenden Satzes durch jene darzuthun, wozu eben keine besondere Schlufsfolgerung und keine Beweisausführung nötig wird, sondern nur eine Vergleichung zwischen Beweissatz und Beweisgrund auf ihre Deckung. Sie charakterisieren sich dadurch als Beweisersatz und Beweiserleichterungen (§§ 40—44).

3. Bei der Erweiterung des Begriffes der Beweismittel und der Beweisgründe in der Rhetorik ist Beweisgrund alles, was geeignet ist, von der Wahrheit bestrittener That- und Rechtsfragen oder Behauptungen aus diesen Gebieten der Rechtsfälle zu überzeugen, je nachdem sie das Bestehen einer Thatsache oder die Geltung eines Satzes zum Gegenstand haben. Von Aristoteles rührte die auch von Cicero und Quintilian befolgte Einteilung der Beweismittel her, ohne Unterscheidung zwischen diesen und den Beweisgründen; probationes non artificiales, nicht künstliche, d. h. nicht von dem Redner erst geschaffene Beweise, von der Kunst des Redners unabhängige, „quae non excogitantur ab oratore, sed in re

Erklärungen der Parteien (Geständnis und Eid), unter erstere alles Übrige (Notorietät, Augenschein und andere Sinneswahrnehmungen des Richters, Vermutungen); vergl. deutsches Zivilprozefsrecht §§ 181 bis 207.

*) Quintilian l. c. IV. 10, 11: Probatio et fides efficitur non tantum per haec, quae sunt rationis, sed etiam per inartificialia. Cicero de oratore II. 27.

positae ratione tractantur", d. i. welche der Stoff des Rechtsfalles darbietet, wie Satzungen des Rechts, Aussprüche der Gerichte, Vertrags- und einseitige Willenserklärungen, Urkunden, Zeugenaussagen, materielle Indizien; andererseits aber artificiales, künstliche, durch die Kunst des Redners geschaffene, „quae tota in disputatione et argumentatione orationis collocata sunt", das sind die durch Schlufsfolgerungen gewonnenen argumenta im engeren Sinn*).

Die Unhaltbarkeit dieser Einteilung ist schon anderwärts dargethan worden**); denn jeder Beweisgrund liegt in der Rechtssache, nichts ist totum in argumentatione, und wenn die Beweise noch so sehr auf Schlüssen beruhen, so müssen sie sich immer auf die eine oder andere dem Rechtsfalle angehörige Thatsache stützen oder beziehen; hieraus müssen die Beweise geschöpft werden und zwar für das Ungewisse aus dem, was gewifs ist, wie Quintilian bemerkt: „cum sit argumentum ratio probationem praestans, qua colligitur aliud per aliud, et quae quod est dubium, per id quod dubium non est, confirmat, necesse est, esse aliquid in causa, quod probatione non egeat."

Über Beweismittel und Beweisgründe wird oftmals erst wieder in den Prozessen gestritten, und wenn auch Beweisgründe nicht stets von den Parteirednern erfunden werden, so werden sie rücksichtlich ihrer Bedeutung erst erörtert, oft aber erst mit mehr oder weniger kritischem und dialektischem Geschick aufgefunden, so dafs die Unterscheidung zwischen künstlichem und nichtkünstlichem Beweisgrund schliefslich auf eine gröfsere oder geringere Vermittelung der logischen und rhetorischen Verarbeitung durch Argumentation hinausläuft.

Von der hieran sich anschliefsenden Einteilung der Beweisgründe bezw. Beweismittel in unmittelbare und mittelbare (direkte und indirekte) gilt fast dasselbe***), indem die

*) Cicero de orat. II. 27.
**) Schall und Boger a. a. O. S. 59.
***) Bayer, Vorträge über den Zivilprozefs, § 242.

Überzeugung des Richters durch weniger oder mehr Vermittelungen begründet werde, erstens wie bei der Besichtigung, Notorietät, Einräumung einer Partei zu ihrem Nachteil (Geständnis), eidliche Erhärtung durch eine Partei zu ihrem Vorteil (die Eide) und Zeugenaussagen, oder letzteres wie bei Urkunden, Gutachten Sachverständiger, Anzeichen, Vermutungen und Schlufsfolgerungen.

Nicht viel anders verhält es sich mit der Einteilung in „direkte Beweismittel" oder Beweismittel der Identität, und in indirekte oder Beweise aus der Analogie, in sogen. „positive" und „relative" Beweismittel, indem die ersteren durch ihre Identität das Bestrittene feststellen ohne weiteres oder unmittelbar, wie z. B. die Quittung eine Zahlung beweise, mit welcher sie „gleichsam identisch" sei, indem die letzteren aber „das Faktum nur durch Induktion aus anderen analogen Fällen feststellen und sich nur auf Umstände stützen, die zu dem fraglichen Punkt in Beziehung stehen", z. B. die Schlufsfolgerung aus der Ungewöhnlichkeit des Borgens eines Gläubigers von seinem Schuldner, dafs letzterer dem ersteren, da dieses Verhältnis an einem gewissen Tage bestanden, an demselben Geld geborgt habe*). Der Unterschied von „unmittelbar" und „mittelbar" kann sich nur auf die Wirksamkeit des Beweisgrundes für die Gewinnung der Überzeugung beziehen; es kann sich nur fragen, ob die Erkenntnis der Wahrheit eine unmittelbar oder mittelbar aus dem Beweisgrund geschöpfte ist. Es giebt aber nur den einen Fall der wirklich unmittelbaren Wahrnehmung des Richters, wenn die fr. Handlung oder Thatsache vor seiner Sinneswahrnehmung, vor seinen Augen oder seinem Gehör oder Gefühl ins Dasein tritt, und das ist sehr selten, z. B. wenn in einer Verhandlung eine strafbare That verübt wird, etwa eine Beleidigung, eine falsche Eidesleistung, eine Urkundenvernichtung u. dgl.**); denn die „Besichtigung" oder der Augenschein bringen ihm

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 60.

**) Vergl. §§ 234 ff. der österreich. St.-P.-O.

nur die übrig gebliebenen Merkmale zur unmittelbaren Anschauung, aus welcher er erst vermittels einer logischen Denk- und Beurteilungsthätigkeit sich eine Vorstellung von der Wahrscheinlichkeit oder Wahrheit des Vorganges oder einer geschichtlichen Thatsache machen mufs, indem er sich den Zusammenhang der Dinge geistig rekonstruiert. Diese Anschaung ist für ihn allein eine unmittelbare und insofern zuverläfsigere, als die aus der Beschreibung anderer ihm vermittelte; aber das daraus gewonnene Vorstellungsbild deckt noch nicht sofort den Beweissatz, sondern es mufs erst vermittels der hinzutretenden geistigen Verarbeitung vollständig und klar werden, ehe es mit dem Beweissatz „identisch" wird. Nimmt man nun dazu, dafs bei Kollegialgerichten die Ergebnisse der Besichtigung entweder durch Verlesung des darüber aufgenommenen Protokolles oder durch Aussagen des Richters oder Gerichtsschreibers der Kenntnis der Richter zugeführt wird, so kommt dies wieder auf die Vermittelung durch Urkunden und Zeugen hinaus, ähnlich wie bei den Erklärungen der Parteien über streitige Thatsachen. Nur dann, wenn der urteilende Richter selbst den Augenschein eingenommen hat, ist ihm wenigstens die eigene Anschauung der Überbleibsel, der Erfolge einer That oder Handlung zu teil geworden, um mit Sicherheit daraus weiter sich ein Bild des rechtserheblichen Thatsachenzusammenhanges zusammenzusetzen. Das Ergebnis dieser geistigen Arbeit ist dann erst der Beweisgrund — aber ein vermittelter, nur mit der sichersten Unterlage der unmittelbaren, eigenen Anschauung. Mithin ist auch die Besichtigung Beweismittel*) und die daraus gewonnene Sinneswahrnehmung wenigstens unmittelbarer Beweisgrund — aber für sich kaum einmal allein genügend,

*) A. M. v. Canstein, rationelle Grundlagen, S. 31. Er erkennt jedoch auch an, dass der historische Beweis mittelbar die Wahrheit feststelle, nur seien die Beweisgründe desselben von denen des logischen Beweises verschieden, indem sie dort mit dem Beweissatze zusammenfielen und dessen Wahrheit nur bestätigten oder versicherten, während sie hier andere Thatsachen als der Inhalt des Beweissatzes enthielten, so dafs aus ihnen erst bie Wahrheit abgeleitet werde.

sondern regelmässig nur die Grundlage für die weiteren Schlufsfolgerungen, Anknüpfungspunkte weiterer Vorstellungen zur Gewinnung eines Zusammenhangsbildes. Man wird daher sagen müssen, dafs von allen Beweisgründen das Ergebnis des sogen. Augenscheins, nur sofern er vom urteilenden Richter selbst eingenommen ist, wegen der positiven Unterlage der am wenigsten vermittelte Beweisgrund ist. Daraus aber folgt für alle übrigen, dafs keiner derselben ein unmittelbarer oder „positiver“ sein kann, weil bei keinem weniger, sondern bei jedem anderen mehr Vermittelung zwischen der Thatsache und der richterlichen Erkenntnis liegt. Zur Feststellung der materiellen Wahrheit dient allerdings die möglichste Unmittelbarkeit der Erkenntnis, d. i. sonach, negativ ausgedrückt, die möglichste Minderheit von Vermittelungen der gedachten Art; insofern hatte die frühere Beweistheorie nicht ganz unrecht, dafs der sogen. „künstliche Beweis“ weniger Gewähr für die richtige Erkenntnis der Wahrheit biete, als der „natürliche“, weil dieser weniger Vermittelungen der Erkenntnis erfordere und nicht erst aus anderen Thatsachen als die bestrittene auf diese eine Schlufsfolgerung ableiten und oft eine Kette oder einen Ring solcher schliefsen müsse.

Nicht anders verhält es sich mit den Beweisgründen, welche aus Satzungen (Gesetzen, richterlichen Erkenntnissen, Verträgen und einseitigen Bestimmungen) als Beweismitteln i. w. S. entlehnt werden. Stützen sich Rechtsuchende darauf, so will der Richter sie selbst in ihrer Form und Fassung kennen, prüfen und daraus das Zutreffen ihres Inhaltes auf die zu beweisende Thatsache oder Behauptung beurteilen; das erfordert nicht blos eine glatte Vergleichung, sondern ein tieferes Eingehen auf den inneren Gehalt, den Grund und den Zweck jener Satzung, also erst recht einer logisch-juristischen Denk- und Beurteilungsthätigkeit, welche die richtige Erkenntnis des Beweiswertes des Inhaltes jener Satzung für die An-

wendung auf die bestrittene Behauptung vermittelt, nicht viel anders als bei Urkunden*).

§. 40.

F. Arten des Beweises.

1. Im Zusammenhang mit der unter 3. des vorigen Paragraphen erwähnten Einteilung steht die Unterscheidung von natürlichem oder unmittelbarem (direktem, historischem) und künstlichem oder mittelbarem (indirektem, rationalem) Beweis, welche im bürgerlichen Prozefs wie im Strafverfahren von jeher gemacht worden ist**). Die frühere Legaltheorie machte einen juridischen Unterschied aus diesem schon den Römern bekannten Gegensatz***), indem für sie es von Bedeutung war, ob der Beweis direkt aus Beweisgründen, welche unmittelbar den Beweissatz erhärten, geschöpft wurde, weil dann der Richter für wahr erklären mufste, ohne weitere Folgerungen zu machen, was die Gesetzesregel bestimmte, oder ob durch das Beweismaterial anstatt des Beweissatzes Thatsachen dargeboten wurden, aus denen der Richter im Wege der Schlufsfolgerung mittelbar die Überzeugung von der Wahrheit des Beweissatzes gewinnen konnte. Eine feste Begrenzung des letzteren Gebietes war aber nicht ausführbar und der sogen. künstliche Beweis müfste relativ unsicherer erscheinen

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 66 ff. müssen aber doch zugestehen, dafs die s. g. direkten Beweismittel mehr oder weniger identisch mit dem bestrittenen Punkte sind; der Beweis eines Vertrages durch Zeugen sei nicht so unmittelbar und identisch, als der durch die Vertrags-Urkunde; Gesetze, Erkenntnisse, Urkunden und Zeugen drückten sich nicht immer so klar, so direkt, so vollständig aus, dafs jeder Zweifel beseitigt werde, und ebendeshalb seien die ihrer Natur nach positiven Beweismittel nichts destoweniger Gegenstand der Debatte und erforderten geschickte Behandlung und Erörterung, wenn sie ihrem Zwecke vollständig entsprechen sollten.

**) Bei Linde, Lehrbuch § 236, findet sich auch der Unterschied von physischem und moralischem Beweis, je nachdem er aus unmittelbar sinnlicher Wahrnehmung oder aus allgemeinen Erkenntnisquellen hervorgeht, und letzterer wird ein „künstlicher“, sobald er durch Schlufsfolgerung bewirkt wird.

***) Quintilian l. c. V. I. stellt die probationes inartificiales (ἀτέχνους) den artificiales (ἐντέχνους) gegenüber.

als der natürliche*), ja die Meinung, durch den letzteren Beweis werde eine Gewifsheit nicht erreicht und es könne eine Verurteilung zu einer peinlichen Strafe nur auf Grund des ersteren eintreten, hat lange Zeit geherrscht**). Dafs jedoch dieser Gegensatz nicht vollkommen begründet sei, ist neuerlich mehrfach anerkannt worden. „Das wirklich unmittelbar für uns Evidente ist eben das von selbst Einleuchtende und bedarf keines Beweises. Handelt es sich vollends um den Beweis der Existenz oder Nichtexistenz von Thatsachen, so ist uns immer nur eine irgendwie vermittelte, also mittelbare Erkenntnis möglich. Vermutungen und Schlufsfolgerungen fehlen auch bei dem sogen. unmittelbaren Beweis nicht***).

Es ist sehr richtig bemerkt worden†), dafs der „historische“ und der „logische Beweis“ zwei Arten der „mittelbaren Feststellung der Wahrheit“ und zwar beide sich inbezug auf die Beweiskraft gegenüber der Freiheit der Beweiswürdigung und richterlichen Überzeugung ganz ebenbürtig sind. Darauf aber, dafs nach der Auffassung der Motive zum Entwurf der deutschen Zivilprozefsordnung zu § 245 der logische Beweis eigentlich eine „künstliche“ Art der Beweisführung, nämlich des historischen Beweises durch Zeugen, Urkunden u. s. w. sei, wird wenig ankommen; die Besonderheit des logischen Beweises neben dem historischen ist zuzugeben und es fragt sich in der Praxis oft nur um die Hervorhebung des Unterschiedes, ob ein Beweisgrund für eine Behauptung direkt oder indirekt beweise, nämlich ohne das

*) Endemann a. a. O. § 182. H. A. Zachariä a. a. O. § 139. Geyer a. a. O. 705. Den künstlichen Beweis hat man dann „circumstantiellen“ genannt, wenn die Schlufsfolgerung auf eine Mehrheit sich gegenseitig unterstützender und ineinander greifender Umstände gegründet wird.

**) P.-G.-O. Art. 22.

***) Geyer a. a. O. S. 705 bemerkt dazu noch, dafs selbst die eigene Wahrnehmung nicht ohne logische Operation sich zu einem Ganzen zusammenfassen lasse, wie man noch vielmehr bei Prüfung der Glaubwürdigkeit des Geständnisses und der Zeugenaussagen auf solche angewiesen sei.

†) Vergl. v. Canstein a. a. O. S. 31. Heusler a. a. O. II. hat sich eingehend mit dem Gegensatz von „dialektischem Beweis“ (Lehr-

Mittel einer Denk- und Beurteilungsthätigkeit oder mit Hilfe dieses Mittels. Wird die Annahme der Wahrheit schlechthin möglich dadurch, dafs der Beweisgrund sofort die Behauptung bestätigt, so entsteht kaum noch die Frage, ob die Annahme auch richtig sei? Dagegen vermag man erst aus der Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit einer anderen Thatsache, als der Beweissatz selbst ist, zur Annahme der Wahrheit dieses durch Vergleichungen mit Erfahrungssätzen oder durch Reflexionen und Schlufsfolgerungen zu gelangen, so mufs stets jene Frage um die Richtigkeit dieser nötigen Denkoperationen hinzutreten und auch darüber wird eine Erörterung der Parteien und des Gerichts herüber und hinüber stattfinden müssen. Namentlich der Gegner des Beweisführers wird die Richtigkeit der logischen Beweisführung nach dem Mafsstab der Erfahrung und der Denkgesetze zu prüfen haben, um daraus Gründe der Anfechtung zu gewinnen, auch schliefslich gegen die Annahme der Wahrheit des Beweissatzes. Er hat die Richter darauf aufmerksam zu machen, dafs hier nicht schlechtweg der Beweissatz unmittelbar aus dem angeführten Beweisgrund festgestellt hervorgehe, sondern dafs einen und welchen Anteil der logische Beweis noch dazu gebe und inwiefern das Beweismittel der Reflexion beweisfähig und beweistüchtig sich erweise oder nicht, ob sie richtig verfahren habe und der aus einer bewiesenen Thatsache abgeleitete Grund als ein Beweisgrund für den Beweissatz gelten könne und das von ihm Gebotene nun erst als ihn bestätigend anzusehen sei. Darin liegt allein der praktische Unterschied von „unmittelbarem“ oder „historischem“ und

satzbeweis oder Beweis einer Thatsache in thesi) und dem historischen Beweis (Thatsachen-Beweis oder Beweis der Thatsache in hypothesi) befafst. Letzterer wird nicht durch „erfindenden Gedankengang“ (Lotze, Logik, § 218), sondern mit historischen Beweismitteln gewonnen durch Herbeiziehung von Wahrnehmungen und Überlieferungen (Zeugen, Urkunden) zum Ersatz für die nicht mehr mögliche sinnliche Wahrnehmung einer in der Vergangenheit liegenden Thatsache. Heusler stellt dem direkt „historischen Beweis“ den „kritischen“, d. i. den durch Schlufsfolgerung aus anderen Thatsachen sich vollziehenden, zur Seite, beide schafften aber keine Gewifsheit, wie der dialektische Beweis, der allein unter logischen Gesetzen stehe.

„mittelbarem“ oder „logischem Beweis“*), nicht aber im Beweiswert des ersteren vor dem letzteren**).

2. Der Gegensatz von Beweis und Gegenbeweis hat die Jurisprudenz lange beschäftigt, indem die Feststellung des Begriffes des letzteren ungleich geschehen war. Man verstand unter diesem einen Beweis, durch den der ganze Vor- oder Hauptbeweis vernichtet werden solle, entweder direkt durch den Nachweis der Unwahrheit des Bewiesenen, oder indirekt durch den Beweis vernichtender Thatsachen; dabei liefs man sich nur von dem Zweck leiten, Nachweis der Unwahrheit, Schwächung des Hauptbeweises, Vernichtung desselben. Wenn nur ein einziges Recht in Frage steht, so

*) Mit Scharfsinn hat v. Canstein a. a. O. die Unterschiede formuliert: „Die Anwendbarkeit und Güte (Beweisfähigkeit) der Beweismittel des historischen Beweises (Zeugen und Urkunden) hängt von ihrer Unmittelbarkeit und Glaubwürdigkeit ab; die Beweisfähigkeit (Anwendbarkeit und Güte) der Beweismittel des logischen Beweises hängt von der Richtigkeit (logischen Gesetzmäfsigkeit) der Schlüsse ab. Die Beweiskraft der Beweisgründe des historischen Beweises hängt sowohl von ihrer Vollständigkeit, Widerspruchslosigkeit und Möglichkeit, als auch von der Beweisfähigkeit der Beweismittel ab, während die Beweiskraft der Beweisgründe des logischen Beweises von ihrer Wahrheit und von der Notwendigkeit des Kausalnexus zwischen Beweisgrund und Beweissatz abhängig ist.“ Es mag hierzu bemerkt werden, dafs nicht blos der Zusammenhang von Ursache und Wirkung, Grund und Folge in Frage kommt, sondern überhaupt die innere Wahrscheinlichkeit irgend welcher Beziehung der Thatsache, aus welcher geschlossen wird, zu dem Beweissatz; diese gerade ist es, welche bei der Gewinnung der Überzeugung am meisten wirkt für die Annahme des Erfahrungs-Zusammenhanges auch in concreto. Weiter ist richtig, dafs bei dem historischen Beweise die Beweisführung mit der Bestätigung der Wahrheit durch das Beweismittel aufhört, dagegen von diesem Momente erst die logische Beweisführung beginnt, indem aus den Beweisgründen erst die Wahrheit des Beweissatzes durch logische Schlufsfolgerung abgeleitet wird. Während endlich bei dem historischen Beweise die Wahrheit der Beweisgründe in der Regel nicht bewiesen zu werden braucht, doch aber z. B. bei geleugneter Echtheit der den Beweisgrund enthaltenden Urkunde auch oft bewiesen werden mufs, mufs dies beim logischen Beweise in der Regel und zunächst geschehen. Dort ist die Wahrheitsannahme eine fast ungesuchte, sich darbietende, hier eine gesuchte und beabsichtigte.

**) Cicero ad Herenn. II. 7, bemerkte schon ganz richtig: item plus oportere signis et argumentis credi quam testibus, worin anerkannt ist, dafs den logischen Beweisgründen selbst mehr Beweiswert beigelegt werden könne als den historischen.

kann nur dann der Prozefs als ein Ganzes angesehen werden; sobald aber mehrere Rechte als selbständige, wenn auch in einem historischen Zusammenhang stehend, in der Klage, der Einrede, Replik u. s. w. in einem Prozefs geltend gemacht werden, entwickeln sich über jedes in demselben Prozefs einzelne Rechtsstreite. So charakterisiert sich die Einrede als Geltendmachung eines selbstständigen Rechts, wodurch der an sich rechtliche Anspruch des Klägers ganz oder teilweise unwirksam gemacht werden soll, und unterscheidet sich von der sog. qualifizierten Verneinung, welche nur in einem Widerspruch gegen des Gegners Recht besteht, wie z. B. der Einwand der Zahlung; daher ist diese eine Verteidigungs-, jene eine Angriffshandlung*). Jeder prozefsualische Angriff besteht für sich allein und bildet den Gegenstand eines selbständigen Beweises. Durch den Beweis einer prozefsualischen Behauptung wird nicht der einer anderen solchen bedingt, sondern nur die Notwendigkeit, diese und ihren Beweis zu berücksichtigen; z. B. wenn das Klagerecht bewiesen ist, mufs der Beklagte, wenn er nicht verurteilt werden will, die Einrede beweisen.

Der Beweis der Einreden, Repliken u. s. w. ist vom Begriff des Gegenbeweises auszuschliefsen, weil sie selbständige Angriffe**) sind wie die Klage, und insoweit kann man nur von Hauptbeweis reden oder richtiger und genauer vom Klage-, Einreden-, Replik- u. s. w. Beweis, von welchen jeder erst dann notwendig wird (eventuell),

*) L. 1. D. de exceptionibus (44, 1): agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. Das R. R. kennt keine „exceptio“ solutionis oder novationis u. s. w. Eine qualifizierte Verneinung mufste ex officio berücksichtigt werden, eine wirkliche exceptio als Angriff nur, wenn der Richter durch die formula dazu angewiesen war. Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 396 ff. Fitting, über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis, Erlangen, 1853. Langenbeck, Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten, Leipzig 1858—1861.

**) In § 251 Z.-P.-O. sind „Angriffs- und Verteidigungsmittel“ (Einreden, Widerklagen, Repliken u. s. w.) solche im engeren Sinne, also Beweismittel und Beweiseinreden nicht darunter begriffen, wie in §§ 65, 91, 95 Nr. 3.

wenn der Gegner seinen notwendigen (Haupt-) Beweis geführt hat und die Partei nicht sachfällig werden will. Hieraus ergiebt sich, dafs für die Bezeichnung des sog. indirekten Gegenbeweises in der Theorie ein Begriff nicht mehr vorhanden ist*).

Die Verhinderung eines genügenden Ergebnisses der Beweisführung kann nur Zweck und Wirkung des Gegenbeweises sein; allein ein prozessualischer Angriff wird nur dann berücksichtigt, wenn die ihn offenbarende Behauptung gewifs ist, und daher braucht der Gegner zu seinem Schutz nur das Nichtvorhandensein der Gewifsheit, nicht die positive Unwahrheit, geschweige denn das Gegenteil jener Behauptung, darzuthun.

Die Abwägung der Gründe für und gegen die Annahme eines Satzes wird von dem Prinzip der gleichen Behandlung der Parteien gefordert und darauf beruht der Unterschied von Haupt- und Gegenbeweis; die Gründe für die Annahme der Wahrheit bestimmen den Richter nach dieser Seite, die dagegen hindern ihn an der Annahme oder bestimmen ihn zur Nichtannahme der als bestehend bezeichneten Wahrheit, und jene beizubringen, ist Aufgabe des Beweises, diese aber zu beschaffen die des Gegenbeweises — und actore non probante reus absolvitur. Daraus ergiebt sich, dafs in dem Begriff des Gegenbeweises nicht blos der früher sog. directe Gegenbeweis, sondern auch der Beweis der qualifizierten Verneinung, welcher mit zum „indirekten Gegenbeweis" gerechnet und auf gleiche Linie mit dem Einredenbeweis gestellt wurde, untergeht und dafs Beweis und Gegenbeweis für den Richter ein Ganzes bildet.

Nach Konsequenz der Verhandlungsmaxime würde der Gegenbeweis als Darlegung des Gegenteils dessen, was der Beweisführer darzuthun hat, erst dann in Betracht zu ziehen sein, wenn dieser in erheblichem Mafse bewiesen hat und dies

*) So auch K. Reinhold a. a. O. S. 205, welcher den Sprachgebrauch insoweit mit dem des „direkten" und „indirekten" oder „künstlichen" Beweises in Übereinstimmung bringt, so dafs ersterer

festgestellt wäre; allein schon die Eventualmaxime verlangte zur Prozefskürzung die Verbindung des Gegenbeweises mit dem Hauptbeweise, wodurch auch die Kombination beider bei der richterlichen Erwägung im Urteil veranlafst wurde. Im mündlichen Verfahren unter dem Gebot der „Beweisverbindung“ verschwindet der Gegenbeweis in der einheitlichen Gesamtthätigkeit der Parteien, welche sie, jede in ihrem Interesse, zur Gewinnung der Wahrheitsüberzeugung des Richters entwickeln*). Es kann im heutigen deutschen Zivilprozefs, da von den Parteien für die Behauptung wie für die Gegenbehauptung von vorherein der Beweis mit den Behauptungen angetreten werden mufs und nicht auferlegt, sondern von den Parteien angeboten wird, indem jede wissen mufs, was sie zu beweisen habe, von einer formellen Trennung des Beweises und Gegenbeweises keine Rede mehr sein**); dagegen sachlich scheidet sich der ganze Beweis nach der Richtung der Beweisführung, je nachdem Beweise zum Nachweise oder zur Widerlegung einer Behauptung dienen sollen, immer noch in Beweis und Gegenbeweis. Nur in dem Einführungsgesetz § 16 No. 1 zur deutschen Zivilprozefsordnung ist der Ausdruck „Gegenbeweis“ gebraucht worden, um bei der Definition der præsumtio juris sich an den bisherigen Sprachgebrauch anzuschliefsen; dagegen ist dieser Ausdruck in der

nur ein solcher ist, welcher unmittelbar auf die zu beweisende Gegenthatsache gerichtet ist, letzterer ein solcher, welcher zunächst auf eine andere Thatsache gerichtet ist, woraus dann das Bestehen der eigentlich zu beweisenden Gegenbehauptung (bez. Thatsache) gefolgert werden soll.

*) Endemann a. a. O. S. 827 u. 828. Die Motive zur deutschen Z.-P.-O. sagen: dafs die Beweispflicht der einen oder anderen Partei als solche erst in Frage komme, wenn das Ergebnis der erhobenen Beweise gezogen werde und sich dabei herausstelle, dafs nichts erwiesen sei; daraus folge, dafs eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeschlossen sei, wenn auch die beweispflichtige Beweis nicht angetreten habe; die Frage, ob und was bewiesen sei, trete in den Vordergrund.

**) S. aber Archiv f. zivil. Praxis Bd. 59 S. 205 ff. Buschs Zeitschrift Bd. 3 S. 196. Es giebt keine Vorschrift, wonach im Zweifel zu gunsten des Reprobanten zu entscheiden wäre!

Zivilprozeſsordnung, um die Übertragung der früheren Anschauungen auf jenen sachlichen Gegensatz zu verhüten, sorgfältig vermieden worden und statt dessen: „Beweis des Gegenteils" (§ 153 Abs. 2. §§ 411, 428, 429), „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen" (§ 121 No. 5. § 255 Abs. 1. § 324 No. 3) gebraucht*).

3. An die vorzugsweise im bürgerlichen Rechtsverfahren für die Beweisführung in Frage kommende Unterscheidung von Beweis und Gegenbeweis schlieſst sich im Strafverfahren die schon einmal bei der Beweislast in § 36 Abs. 2 b besprochene Gegenüberstellung von Anklage- oder Anschuldigungs-, auch Belastungsbeweis und von Verteidigungs-, Entschuldigungs- auch Entlastungbeweis.

Letzterer stellt sich am meisten im Privatanklage-Prozeſs als ein wirklicher Gegenbeweis dar, ähnlich wie im bürgerlichen Rechtsverfahren; indessen kann man den Begriff des Gegenbeweises, obschon sich im Strafprozeſs mehr noch als im bürgerlichen Prozeſs der Beweis seinem Gegenstand nach als ein Ganzes darstellt, nicht blos für den Richter, sondern auch für die Prozeſsbeteiligten, aber wegen der besonderen gegenüberstehenden Thätigkeiten dieser wenigstens für die Beweisführung nicht entbehren**). Inwiefern der Gegensatz

*) Eine reprobatio reprobationis giebt es so wenig wie eine formelle Gewissensvertretung, sondern Einreden zur Entkräftung des Gegenteils und weitere Beweismittelangabe zur Ergänzung des bisherigen Beweisantritts können bis zum Schlusse der Schluſsverhandlung vorgetragen werden — nach § 256 Z.-P.-O. Was Beweiseinrede sei, ist nicht bestimmt, daher sind darunter alle Einwendungen gegen Beweisfähigkeit und Beweiswert zulässig. Vergl. Gaupp, Komment. II. zu § 255 u. 256 Z.-P.-O. Ausweislich der Motive ist der Ausdruck: „Gewissensvertretung" vermieden, der zugrunde liegende Gedanke aber beibehalten worden, um nicht die an das Institut sich knüpfenden Streitfragen fortzusetzen, da sie als ein solches bei dem von der Zivilprozeſsordnung angenommenen System nicht nur überflüssig, sondern auch irreführend sein würde; vergl. § 418 Z.-P.-O. u. dazu Bolgiano im Archiv für zivil. Pr. Bd. 57 S. 135 ff.

**) Es mag hier nur an die Fälle erinnert werden, in denen das Bewuſstsein des Thäters, z. B. vom jugendlichen Alter bei Unzuchtsverbrechen, bestritten wird und dem Angeklagten nachgewiesen

inbezug auf die Beweislast und den Antagonismus der Parteimitwirkung begründet sei, ist bereits im § 36 Abs. 2 b näher erörtert worden. Die deutsche Strafprozefsordnung hat den Gegensatz von Belastungs- und Entlastungbeweis nur in § 158 angedeutet, wo sie der Staatsanwaltschaft vorschreibt, „nicht blos die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln“, ingleichen die österreichische Strafprozefsordnung § 313 in der Anrede des Vorsitzenden des Gerichts an die Geschworenen vor ihrer Vereidung, dafs sie „die Beweise, welche gegen und für den Angeklagten vorgebracht werden, mit der gewissenhaftesten Aufmerksamkeit zu prüfen, nichts unerwogen zu lassen haben, was zum Vorteile oder zum Nachteile des Angeklagten gereichen kann“, und dafs sie „nach den für und wider den Angeklagten vorgeführten Beweismitteln“ entscheiden sollen.

Diesen in der Natur der Sache liegenden Gegensatz auch bei den Beweisführungen zur Geltung zu bringen, haben die Parteiredner sonach alle Ursache auch auf Grund der Gesetzgebungen.

a. Der Anschuldigungs- oder Belastungsbeweis

werden mufs, dafs hier der Gegenbeweis des Nichtvorhandenseins jenes Bewufstseins geführt werden kann; wir erinnern uns eines Falles, wo das Vorhandensein des Bewufstseins einer Frau, welche mit einem Mädchen unter 14 Jahren Unzucht getrieben hatte, bewiesen erschien, dafs der Gegenbeweis hier gegen die Anklagebehauptung, welche mit der äufseren Erscheinung des Kindes und mit der erst in $1/2$ Jahr bevorstehenden Konfirmation, was der Angeklagten bekannt war, zu beweisen versucht war, für erbracht angesehen wurde mit dem Zugeständnis des Mädchens, es habe der Angeklagten die Mitteilung gemacht, es sei wegen Zurückgebliebenseins in der Schule noch ein Jahr länger von der Konfirmation zurückgehalten worden, so dafs die Angeklagte vollen Grund hatte, anzunehmen, das Mädchen habe das 14. Lebensjahr vollendet gehabt — trotz seiner schwächlichen Erscheinung, welche als Anzeichen für das Bewufstsein der Angeklagten benutzt worden war. In diesem Gegenbeweis ruhte also der ganze Entlastungsbeweis. — Eine besondere Bedeutung erhält der Gegenbeweis gegen die in Spezial-Strafgesetzen aufgestellten Schuldvermutungen, auf Grund deren schon in dem Beweis des objektiven Thatbestandes der Anschuldigungsbeweis als hergestellt gilt; vergl. Binding, die Normen II. S. 612 ff. Geyer a. a. O. S. 706.

umfafst den Beweis des objektiven wie subjektiven Thatbestandes eines Verbrechens, also alle Thatsachen, an deren Vorhandensein das fragliche Strafgesetz die Verurteilung des Angeklagten als Voraussetzung geknüpft hat, mit Einschlufs der erschwerenden Umstände, von welchen eine höhere Strafbarkeit gesetzlich abhängig ist*). Dazu gehört auch der Nachweis des Nichtvorhandenseins gewisser Thatsachen, wenn dieses für die Anwendung eines Strafgesetzes erheblich ist, z. B. bei Unterlassungsverbrechen (delicta omissionis), oder bei dem Betrug der Beweis des Nichtbestehens der vorgespiegelten Thatsache, oder derselben als Entschuldigung seitens eines Zeugen, Geschworenen oder Schöffen in § 138 des deutschen St.-G.-B. u. dgl. Anerkannt ist (deutsche St.-P.O. § 266 Abs. 2), dafs es einer ausdrücklichen Feststellung des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins der im § 59 des deutschen Strafgesetzbuches gedachten Kenntnis von Thatumständen, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, nur dann bedarf, wenn der Angeklagte die Behauptung, dafs er die fraglichen Thatumstände nicht gekannt, in der Verhandlung vorgebracht hat**); bei fahrlässig begangenen Handlungen sind solche nicht gekannte Umstände erst dann nicht zur Schuld zuzurechnen, wenn die vom Angeschuldigten behauptete Unkenntnis

*) Mittermaier, die Lehre vom Beweise S. 149 ff. Jede Art der Verschuldung mufs im Anschuldigungsbeweis dargethan werden: das Bewufstsein der Rechtswidrigkeit, zumal wo diese ausdrücklich zum Thatbestand des Delikts gehört, ist nur, wenn es bestritten wird, dem Angeschuldigten zu beweisen, dsgl. das Bewufstsein der Unwahrheit in Fällen, wo die Wahrheit zu sagen Pflicht ist, z. B. §§ 138, 164 des deutschen St.-G.-B. auch bei Eidesverletzungen, die Kenntnis bestimmter wesentlicher Umstände, z. B. der Unechtheit des in Verkehr gebrachten Geldes in § 147 St.-G.-B. u. s. w.

**) R.-G.-Urt. vom 10./XII. 1879 und 2./II. 1882, dagegen vom 4./II. 1882. Nirgends giebt es im regelmäfsigen Strafverfahren mehr eine Vermutung, durch welche der Anschuldigungsbeweis ersetzt werden könnte. Die Dolusvermutungen in einigen deutschen Spezial-Reichsgesetzen haben zu schwerem Tadel Veranlassung gegeben. Facta laesione praesumitur dolus! Die gemeinrechtlichen Quellen kannten keine praesumtio doli.

nicht durch Fahrlässigkeit, deren Beweis in den Anschuldigungsbeweis gehören würde, verschuldet worden sei.

Nicht blos in den Fällen, in welchen der Angeklagte von seinem gesetzlichen Recht, gar nicht auf die Anklage oder die ihm vorgelegten Fragen zu antworten, Gebrauch macht, sondern noch vielmehr in denjenigen, wo er sich durch Ableugnen der Belastungsthatsachen zu verteidigen sucht, ist ihm der Beweis zu erbringen, da hier nichts zu vermuten ist; selbst dann, wenn nur einige Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit als der Regel menschlicher Beschaffenheit entstehen, ist darauf, der Belastungsbeweis zu erstrecken*), als auf die erste Grundlage einer Verantwortung des Thäters vor dem Gesetz. Für Rechtsvermutungen ist nach Beseitigung aller gesetzlichen Beweistheorie und gegenüber der Verpflichtung der Staats- und Volksrichter, ihre Überzeugung lediglich aus den thatsächlichen Ergebnissen der Hauptverhandlung zu schöpfen, kein Platz mehr im neueren Strafverfahren.

Es ist behauptet worden, dafs es eigentlich im Strafverfahren keinen anderen, als den Anschuldigungsbeweis gäbe**); denn der Staat trete dem einzelnen mit dem Anspruch entgegen, dafs er die Verbüfsung der Strafe verschuldet habe, und müsse deshalb alle Thatsachen, von welchen die Anwendung der Strafe abhänge, darthun; unterlasse er dieses oder gelinge ihm solches nicht, so folge die Freisprechung des Angeklagten, ohne dafs es von seiner Seite eines Gegenbeweises bedürfe, denn die Verurteilung auf Grund einer unerwiesenen Anklage wäre ja die Gründung eines Urteils auf eine Vermutung, deren Gebrauch mit dem Streben nach

*) Die Criminal Code Bill für England von 1879 S. 22 hat die Rechtsvermutung der Zurechnungsfähigkeit aufgestellt, was bei dem Privatanklageprozefs nicht Wunder nehmen darf, indem hier dem Verklagten der Beweis der Ausnahme wie im Zivilprozefs aufgebürdet wird.

**) Frydmann a. a. O. S. 190. Die analoge Anwendung der Sätze des römischen Rechts greift noch immer Platz. L. 4. C. 2. 1. de edendo: actore enim non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse praestat, obtinebit. L. 23. C. 4. 19 de probat.: Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit.

materieller Wahrheit unverträglich sei. Die Folge davon sei, dafs es im Strafverfahren keine Verpflichtung zu einem Entschuldigungsweise gebe; das Gericht sei verpflichtet, nach eigenem Ermessen diesem Ziele zuzustreben, und es könne deshalb, selbst wenn der Angeklagte die Anklage vollständig acceptiere — durch ein Geständnis — dennoch den Anschuldigungsbeweis verwerfen, wenn es der Ansicht sei, dafs ihm noch keine genügende Gewifsheit zum Ausspruch der Verurteilung geboten worden.

Eine Verurteilung kann also nur auf Grund eines „vollständigen" Anschuldigungsbeweises, wenn durch diesen Gewifsheit der Schuld hergestellt ist, erfolgen; er genügt aber auch zur Verurteilung, wenn auch der Beweis der zur Entschuldigung dienenden Thatsachen nicht geführt oder insoweit mifslungen ist, dafs nicht einmal erhebliche Zweifel an der Schuld bestehen, d. i. aber nicht blos Erbringung eines Wahrscheinlichkeitsnachweises für die Behauptungen des Angeklagten, sondern schon Erbringung von Gründen für die geltend gemachten Entlastungsthatsachen, denen „nicht alle Bedeutung abzusprechen ist" — eine nicht geringe Unwahrscheinlichkeit der Entlastungsthatsachen *).

b. Der Entschuldigungs- oder Entlastungsbeweis umfafst vor allem die Kritik der Erfüllung der Pflicht des Anklägers, einen bis zur Gewifsheit, wenigstens zu hoher Wahrscheinlichkeit für die Anklage gebrachten Beweis vorzulegen **), und wendet sich deshalb zunächst gegen die Grundlagen des Anschuldigungsbeweises durch Aufdeckung der Schwächen der Beweisgründe und ihrer Verwendung, um die Gewifsheit zur Wahrscheinlichkeit abzuschwächen oder ihr eine sie zerstörende Gegenwahrscheinlichkeit gegenüber zu stellen, welche erhebliche Zweifel erwecken kann, wodurch die Gewifsheit aufgehoben wird; dann begreift er auch die Widerlegung der Ergebnisse des Anschuldigungsbeweises

*) Geyer a. a. O. S. 709.

**) Darauf wird in der englischen Praxis alles Gewicht gelegt.

und die Entkräftung seiner Wirkungen durch Geltendmachung von Strafausschliefsungs-Milderungs- und Minderungsgründen. Diese drei Richtungen der Verteidigung werden in einem subsidiären Verhältnis zu befolgen sein; ist die erste mit allen Kräften der Skeptik verfolgt, so wird der Verteidiger zur Widerlegung der Ergebnisse mit einer Wendung, sofern deren Abschwächung durch die Kritik nicht Beifall fände, „selbst angenommen, die Mängel des Anklagebeweises sollten in der geltend gemachten Richtung als bestehend nicht erkannt werden“ u. dergl., übergehen und sich nun auf das eigentliche Gebiet des Gegenbeweises begeben, wo ihm der sog. favor defensionis zur Seite steht, indem er für seine Behauptungen nur Wahrscheinlichkeit, wie die allgemeine Rhetorik sagt, „Plausibles“ beizubringen hat; gelingt es ihr, hohe Wahrscheinlichkeit oder Gewifsheit zu erreichen, dann ist ihm der Sieg gewifs; ist sie sich aber dessen nicht bewufst, so hat sie die Möglichkeit eines Unterliegens mit ihrem Gegenbeweis in der Widerlegung nicht aufer dem Auge zu lassen und umsomehr sich der ersten Richtung (Kritik) zuzuwenden.

Hierauf beruht auch die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Entlastung, wie man früher sagte, von „direktem und indirektem Entschuldigungsbeweis“, im Anschlufs an diese Gegenüberstellung des Gegenbeweises im bürgerlichen Rechtsverfahren und besonders an den Einredenbeweis *). Ähnlich der zivilprozefsualischen Einrede stehen dem Angeklagten selbständige Rechtsansprüche zur Seite, welche nicht aus dem Faktum der Anklage hervorgehen und deren Nichtvorhandensein darzuthun, nicht dem Ankläger obliegt, deren Bestehen vielmehr von dem Angeklagten zu behaupten ist, um Gegenstand der Beweisermittelung werden zu können, wie z. B. thätige Reue (Rücktritt

*) Mit Recht ist von der Übertragung der Gegenüberstellung aus dem Zivilprozefs in das Strafverfahren, weil sich Mifsverständnisse und mit dem Wesen des letzteren unvereinbare Schlufsfolgerungen daran knüpfen, gewarnt worden von H. A. Zachariä a. a. O. II. S. 418 und nach ihm von A. Geyer a. a. O. S. 708.

vom Versuch, selbstthätige Löschung eines Brandes vor seiner Entdeckung u. dergl.), res judicata (ne bis in idem), Verjährung, Notwehr, Mangel prozefsualer Voraussetzungen, wie Strafantrag, wo überall ein Recht auf Straflosigkeit aus dem Gesetze entspringt; hier wird der Inhalt der Anklage nicht in Abrede gestellt, ja er kann sogar eingeräumt werden, allein die Entlastung erfolgt indirekt durch Behauptung eines die strafrechtliche Folgerung des Anklägers ausschliefsenden Rechts, also in der Entkräftung der Wirkungen des Klagebeweises. Hier genügt die blofse Wahrscheinlichkeit der den Strafanspruch aufhebenden oder abschwächenden Behauptungen, z. B. der Notwehr, des jugendlichen Alters des Angeklagten. Die direkte Entlastung besteht dem gegenüber in der vorstehend erwähnten angriffsweisen Kritik des Anklagebeweises rücksichtlich seines Beweiswertes und in der Widerlegung der Ergebnisse desselben Beweises durch Wahrscheinlichmachung von Thatsachen, welche mit den der Anklage im direkten Widerspruch stehen, z. B. das sog. Alibi, wobei also ein Leugnen des Bestehens dieser letzteren vorangegangen oder einschliefslich gegeben ist*).

Aus vorstehender Darlegung wird sich die praktische Bedeutung der Gegenüberstellung der beiden Beweisarten des Strafverfahrens gerade für die Beweisausführungen der Parteien ergeben haben.

4. Von „vollständigem“ und „unvollständigem“ Beweise hat die Doktrin von jeher im bürgerlichen wie Strafprozefs geredet und diese auf dem Grade der Wahrheitsüberzeugung beruhende Gegenüberstellung hat auch heute noch ihre Berechtigung, wenn auch in einem abgeschwächten Sinne und Umfang. Im bürgerlichen Prozefs schlofs sich an den natürlichen und logischen Gegensatz von Gewifsheit und Wahrscheinlichkeit, volle oder mindervolle Wahrheitsüberzeugung die Lehre vom notwendigen (Erfüllungs- und Reinigungs-) Eid, indem der „unvollständige Beweis“ als Recht-

*) Richtig dargestellt bei Frydmann a. a. O. S. 193—195.

fertigungsgrund für die Auferlegung des richterlichen Eides, welcher auch die Eideszuschiebung (den Schieds- oder Parteieneid) beiseite schieben konnte, betrachtet wurde. Im neueren deutschen Zivilprozefs ist der Gegensatz von vollständigem und unvollständigem Beweis in einer Umschreibung zum Ausdruck gebracht: „Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen“ *). „Vollen Beweis“ begründen Urkunden nach §§ 380—383 Z.-P.-O. und die Leistung und Erlassung des Eides seitens des Gegners nach §§ 428 und 429 Z.-P.-O.

5. Im bürgerlichen Rechtsverfahren unterscheidet man „liquiden“ und „illiquiden“ Beweis und versteht man unter ersterem denjenigen, „welcher Form und Inhalt, Beweismittel und Beweisgrund dem Richter zugleich darbietet“ **), unter letzterem denjenigen, dessen Inhalt erst durch weiter vorzunehmende Handlungen dem Richter zugänglich wird. Bei dem antizipierten Beweis und im Urkunden- und Wechsel-Prozefs (Exekutivprozefs) wird liquider Beweis erfordert. Nach der deutschen Zivilprozefsordnung Buch V besteht die Eigentümlichkeit des Exekutivprozesses („Urkunden- und Wechselprozefs“) in der Beschränkung der materiellen Verteidigung; das Verlangen nach schleuniger Rechtshilfe zugunsten eines prima facie durch Urkunden liquiden Anspruchs,

*) Z.-P.-O. §§ 437—439. Anerkannt ist, dafs das Beweismittel der Eideszuschiebung unbedingt dem richterlichen Eide nachsteht, dafs der Richter ohne alle Beweisaufnahme, schon auf Grund des Ergebnisses der Verhandlungen, nach freiem richterlichem Ermessen und ohne Rücksicht auf eine Beweispflicht diesen Eid auferlegen kann. Es wird auf das in § 38, Absatz 4 Mitgeteilte verwiesen, sowie inbezug auf die Bedeutung eines unvollständigen Anschuldigungsbeweises auf das im Absatz 3 dieses Paragraphen Vorgetragene. Vergl. H. A. Zachariä a. a. O. II. S. 411.

**) Endemann a. a. O. S. 693.

welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat (§ 555) beschränkt den Grundsatz, dafs niemand ohne vollständiges Gehör verurteilt werden soll; daher sind Einwendungen, die nicht ebenfalls prima facie liquid sind, unberücksichtigt zu lassen und dem nachträglichen ordinarium („Ausführung der Rechte“) zu überweisen. Inbezug auf die s. g. Glaubhaftmachung (Bescheinigung) wird auf dasjenige verwiesen, was bei Erörterung der „Wahrscheinlichkeit“ im § 38 ausgeführt worden ist.

G. Beweis-Ersatz und Erleichterung.

§ 41.

1. Gesetze und Erkenntnisse.

1. In dem Syllogismus der Urteilsbildung mufs der Obersatz für den Thatbestand des Streitfalles aufgesucht werden; dies ist ein Rechtssatz, der in den meisten Fällen in den betreffenden Gesetzen fertig zur Anwendung vorliegt, in manchen aber erst aus dem formulierten Recht abgeleitet und nachgewiesen werden mufs. Dem Begriffe nach gehört das Bestehen von Rechtssätzen als geschichtlich entstanden und fortdauernd erhalten zu den Thatsachen und wir haben im § 36 Abs. 1. a. bereits nachgewiesen, wie weit Rechtssätze Gegenstand des Beweises sein können; im allgemeinen wird angenommen, dafs, da die rechtliche Beurteilung der Parteianträge Sache des Gerichts ist, die Anführungs- und Beweisverbindlichkeit der Parteien sich nur auf Thatsachen mit Ausschlufs der Rechtssätze erstrecke und diese letzteren als abstrakte Normen, von den konkreten Erscheinungen des Lebens, deren rechtliche Bedeutung durch jene bestimmt werde, zu unterscheiden seien*). Indessen abgesehen von den Ausnahmefällen der Regel: jus curia novit, in welchen eine

*) K. Reinhold a. a. O. S. 11.

offizielle Kenntnis von Rechtssätzen (vergl. § 36. Abs. 1. a.) nicht erwartet werden kann, ist überhaupt in allen Fällen, in denen das Recht bestritten und unsicher ist, eine Feststellung des als Obersatz zu verwendenden Rechtssatzes notwendig und darauf haben die Parteiausführungen sich mit aller juristischen und dialektischen Schärfe zu erstrecken*).

Man kann sich freilich die Beweisführung des Bestehens eines Rechtssatzes in seiner nackten und trockenen Gestalt ersparen, indem man einfach auf das Gesetz verweist, worin er unmittelbar enthalten oder aus dem er mittelbar zu entnehmen ist, indem man sich darauf verläfst, dafs das Gericht das Recht nach seiner ganzen Tiefe und Weite kennen müsse**).

Das Gesetz selbst als Ersatz einer Beweisführung für das Bestehen des auf den Fragefall anzuwendenden Rechts-

*) Hier gilt allerdings das, was Heusler a. a. O. S. 217—219 von der „dialektischen" Beweisführung als der „Aufgabe des erfindenden Gedankenganges" (Lotze, Logik, § 218) sagt, im Gegensatz zu dem historischen und logisch-kritischen Beweise, dafs sie es nur mit abstrakten Sätzen zu thun habe und sich durch blofse Verstandesthätigkeit vollziehe mittels Eintreten in syllogistische Operation, indem hier der Satz, den der Beweisführer auffinde, um daraus den nächstfolgenden zu deduzieren, für diesen selber der Beweisgrund sei, weshalb man mit Recht sage, die Wissenschaft argumentiere mit Sätzen, d. h. sie verwende Sätze als Beweisgründe, Argumente.

**) Sehr richtig bemerkt G. Dernburg, Reform der juristischen Studienordnung, Berlin, 1886, S. 6: „Die jetzige Gesetzgebung stellt abstrakte Grundsätze auf, so dafs der Richter in der Mehrheit der Fälle den anwendbaren Rechtssatz erst durch juristische Deduktion aus denselben zu gewinnen hat. Man denke nur an die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners durch seine Gläubiger, mit welchen der Richter so oft zu thun hat. Wie viele Fragen und Zweifel läfst die Reichsgesetzgebung hier offen, deren richtige Lösung nicht blos im Einzelfalle wichtig, sondern auch für den Kredit von Interesse und ethisch von hoher Bedeutung ist!" Dernburg sagt dies im Gegensatz zu der friedericianischen Gesetzgebung in Preufsen, worin das Gesetz für den Richter dachte und ihm die Rechtssätze so zurecht legte, dafs er sie unmittelbar anwenden konnte. Wir können aber getrost sagen: Wohl uns, dafs es nicht mehr so ist! Denn eine Gesetzgebung, welche so ins Einzelne für alle möglichen Rechtsfälle bedacht wäre, würde dem Leben Zwang anthun, da sie doch nicht mit diesem in seiner stetigen rechtserzeugenden Entwickelung Schritt halten kann und den Richter der freien, geistigen Beurteilung berauben würde; daher ist der Satz Bacos von Verulam, Aphorism. 9: optima lex, quae minimum reliquit arbitrio judicis, zu verdammen, er führte zur Rechtsstagnation!

satzes, welcher in der Schlufsfolgerung des Syllogismus immer wiederkehrt, schlechthin zu betrachten, empfiehlt sich nur in den Fällen aller Zweifellosigkeit. Ist aber irgend ein Zweifel vorhanden, so hat die Partei zur Sicherung ihrer Rechte das Bestehen des von ihr geltend gemachten Rechts in thesi, worauf sie ihren Anspruch stützen will, die Beweisführung darüber in die Hand zu nehmen; der logischen (dialektischen) Beweisführung, d. h. der Ableitung des Rechtssatzes aus dem Zusammenhangssinn eines Gesetzes als ganzer Rechtsquelle wird der Beweisführer dann überhoben, wenn die historische Beweisführung aus der Entwicklung des gesetzgeberischen Materials (Entwürfen, Motiven, Kommissions- und Plenarberatungen, Ausschufsberichte u. s. w.) zur Hebung der Auslegungs- oder Anwendungszweifel vollständig ausreicht, weil die gesetzgeberischen Absichten und Zwecke, der „Gesetzeswille“ vor den erst aufgefundenen Grundgedanken, wenn jene als ausgesprochen sich nachweisen lassen, den Vorzug verdienen. Insofern können die sogen. „Gesetzesmaterialien“ von den Beweisführern dem Gerichte nur angeführt werden und als Ersatz oder zur Erleichterung der Beweisführung rücksichtlich des Bestehens des anzuwendenden Obersatzes gelten; sie sind wirkliche Beweismittel und liefern die Beweisgründe für das Zutreffen der Parteibehauptungen über das Bestehen des streitigen Rechtssatzes. Neben ihnen oder aufser ihnen, wenn es an solchen fehlt, hat dann freilich das kritisch-logische Element der Gesetzesauslegung und Rechtsdeduktion das übrige zur Feststellung des anzuwendenden Rechtssatzes zu thun. Hier eröffnet sich dem Gerichtsredner das weite und dankbare Feld seiner Verwendung des Wissens und der Lebenserfahrung, seines juristischen Geistes nach allen Richtungen; das Privat- wie das Strafrecht bietet ihm reichliche Gelegenheit, Streitfragen zu begrenzen durch die Nutzbarmachung der Philosophie des Rechts im Nachweise der Ausgangspunkte, des Zusammenhanges, der Zwecke, eines Gesetzes im Sinne des Gesetzgebers, aber auch in der Darstellung des Zusammenhanges des behaupteten Satzes mit

den rechtserzeugenden oder destruierenden Bedürfnissen des Lebens oder gewisser bürgerlicher Klassen, indem mit Hilfe der Rechtsphilosophie und Sozialpolitik die zwingenden Verhältnisse dargelegt werden, aus denen sich Beweisgründe für Rechtsverhältnisse durch ordnende Gedanken entwickeln; denn überall sind es die von der Freiheit abhängigen Vernunftbedingungen der Befriedigung menschlicher Lebensbedürfnisse, welche den Stoff zur Rechtsbildung liefern (K. Chr. Krause, Ahrens, Röder) und welche zur Vernunftnotwendigkeit erhoben (Warnkönig) zu Rechtssätzen formuliert werden*).

Dafs vor rechtsgelehrten Richtern in der Ausführung über streitiges Recht im objektiven Sinn ein gröfseres Mafs gehalten und die Darstellung sich vor schulmäfsiger Belehrung hüten mufs, braucht kaum erwähnt zu werden; aber vor Geschworenen und Schöffen wird jeder Redner es sich zur besonderen Aufgabe machen müssen, seine Ausführungen hier, wo es gilt das Recht im ganzen mit dem Leben in Einklang zu bringen und zu erhalten, nicht blos in gemeinverständlicher Weise vorzutragen, sondern gerade aus dem Leben heraus die Beweisgründe aufzusuchen, dafs der behauptete Rechtssatz so und nicht anders zu verstehen sei. Damit würde namentlich auch für die Rechtsbelehrung der Volksrichter durch die Gerichtsvorsitzenden nicht blos der Grund gelegt, sondern auch, wenn er selbst anderer Auffassung

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 69: „Die Rechts-Philosophie mufs deshalb einen Hauptgegenstand des Studiums eines gerichtlichen Redners bilden; er darf nicht nach Art der Legisten die blofse Kenntnis der Gesetzes-Stellen als Gegenstand der Rechtswissenschaft betrachten, er mufs tiefer auf die in der Natur der Sache liegenden Gründe und auf die sittlichen Erwägungen zurückgehen, welche ein Gesetz ins Leben gerufen haben. Vor Gericht kommen individuelle Interessen zur Sprache, neue thatsächliche Verhältnisse rufen neue Zweifel hervor und für den Praktiker ist es deshalb doppelt notwendig, dafs er bei Anwendung der Gesetze durch die Erwägung ihrer in der natürlichen oder bürgerlichen Ordnung gelegene Motive geleitet werde, und diese Motive sind nur im Naturrecht, im öffentlichen Rechte und in der Moral zu suchen.“

sein sollte, eine Gelegenheit zur Vergleichung der Meinungsverschiedenheiten geboten. Wer von den Rednern hier sich durch Geschick in der Verständlichmachung seiner Auffassungen und Beweisführungen hervorthut, wird vor den sich in abstrakten und theoretischen, wenn auch wirklich gelehrten, Auseinandersetzungen bewegenden Darstellern einen grofsen und sicheren Vorsprung erlangen.

2. Es ist eine täglich in Gerichtsverhandlungen vorkommende Erscheinung, dafs Parteiredner sich in der Beweisführung bei zweifelhafter Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen schlechtweg auf Erkenntnisse gleichstehender oder höherer Landesgerichte, besonders des obersten Gerichtshofs eines Reiches oder auch fremder Reiche beziehen, also dadurch einen Ersatz oder eine Erleichterung für eine eigene Beweisführung zu gewinnen suchen, indem sie sich auf Sammlungen derartiger Entscheidungen oder, falls sie nicht durch Abdruck veröffentlicht wären, auf Akten bei dem Prozefsgericht, vor welchem sie zu verhandeln haben, berufen. Von der juristischen Bedeutung derartiger Vorentscheidungen (Präjudizien, Präcedenzfälle u. dgl.) für die richterliche Beurteilung kann hier keine weitere Rede sein, sondern nur von ihrer rhetorischen Benutzung bei der Beweisausführung als Beweis-Ersatz- bez. Erleichterungsmitteln.

Die Parteien können sich auf ein Erkenntnis beziehen, welches in einem früheren Rechtsstreit zwischen ihnen oder zwischen einer von ihnen und einem anderen oder zwischen anderen Parteien ergangen ist; in den beiden ersteren Fällen kann dasselbe präjudizieller Natur sein und anstatt einer Beweisführung über die Geltung eines jetzt in Frage kommenden Rechtssatzes kann die res judicata angezogen werden, von der das Gericht Kenntnis hat oder nehmen mufs. Der häufigste Fall ist jedoch der letzte — die Berufung auf Entscheidungen in anderen gleichen oder ähnlichen Fällen, worin die streitige Rechtsfrage erörtert und mehr oder weniger der Auffassung des Parteiredners entsprechend gelöst ist und aus

diesem Grund zum Ersatz oder zur Erleichterung der Beweisführung verwendet werden kann.

Am liebsten führen Parteiredner Entscheidungen desselben Gerichts, vor welchem sie zu verhandeln haben, für die von ihnen gerade in einer Rechtssache als Obersatz zu verwendende Rechtsbehauptung an, weil hier anzunehmen ist, das Gericht werde, wenn es sonst Gleichheit der faktischen Prämissen in dem gegenwärtigen Falle wie in dem früheren, angezogenen anerkennen werde, nicht ohne erhebliche Ursache von der rechtlichen Auffassung abweichen, da die Einhaltung einer ständigen Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung, die s. g. konstante Praxis, eine strenge Regel ist, welche möglichst ausnahmelos beachtet wird. Fast dasselbe gilt von den Erkenntnissen des nächsten Obergerichts, welche in den Gerichtssprengel ergangen und deren Unterlagen auch dem Instanzgericht meist bekannt sind, obschon hier mit gröfserer Vorsicht eine Berufung auf dessen Urteile zu gebrauchen sein wird, zumal in dem mündlichen neueren Verfahren in der Berufungsinstanz leicht Änderungen in den thatsächlichen Unterlagen eintreten können, welche von Einflufs auf die Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage sein mögen. Daher sind insofern die Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, weil dieser an den in der Vorinstanz festgestellten Thatbestand gebunden ist, für die Beweisführung bezüglich streitiger Rechtsfragen nicht blos wegen des höheren Ansehens der Aussprüche des obersten Gerichtshofes mehr als ein Ersatz oder eine Erleichterung besser zu verwenden, sondern auch eben wegen des Fernbleibens der Einwirkung veränderter Thatsachenvorführung. Die s. g. Revisions- bez. Nichtigkeitsinstanz hat ja gerade die Aufgabe, das Recht als Satzung vor unrichtiger Auslegung und Anwendung zu bewahren, vor Zweifeln und Streitfragen sicher zu stellen und eine möglichst einheitliche Rechtsprechung herbeizuführen. Freilich ist die Erfüllung dieser Aufgabe durch die Teilung der obersten Gerichtshöfe in Senate vielfach erschwert, indem bekanntlich nicht nur in den verschiedenen Senaten Ände-

rungen von Rechtsansichten sich im Laufe der Jahre vollziehen, sondern auch einzelne Senate andere Rechtsauffassungen aussprechen, als andere gleichgeartete (Zivil- bez. Straf-) Senate. Das Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich hat in §§ 137 und 139 zwar eine Abhilfe zu schaffen versucht*), indessen nur in letzterer Beziehung geschaffen und es bleiben dann immer noch, wenn ein Zivilsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines Strafsenats und umgekehrt abweicht, entgegenstehende Entscheidungen übrig. Nur die bestrittensten Rechtsfragen sind durch Entscheidungen vereinigter Senate entschieden**), aber es bleiben daneben immer noch sich entgegenstehende Ansichten übrig***). Es fragt sich nun, wie sich der Parteiredner diesen Umständen gegenüber zu verhalten habe? Zweifellos ist eine Entscheidung einer streitigen Rechtsfrage durch die vereinigten Senate des Reichsgerichts je auf dem Gebiete des bürgerlichen oder des Strafrechts bez. Prozesses die endlich mafsgebende und es fallen damit alle früheren

*) „Will ein Zivilsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder der vereinigten Zivilsenate abweichen, so hat derselbe die Verhandlung und Entscheidung der Sache vor die vereinigten Zivilsenate zu verweisen. Die Verweisung erfolgt an die vereinigten Strafsenate, wenn ein Strafsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der vereinigten Strafsenate abweichen will"; § 137 G.-V.-G. u. Reichsgesetz v. 17. März 1886.

**) So z. B. die Frage über Deliktsbegehung in der Vorstellung, Versuch am untauglichen Objekt, mit untauglichen Mitteln, welche für strafbar erklärt sind, desgl. über die studentischen Schlägermensuren bez. der Schläger als „tödliche Waffen" u. a. m.

***) Vergl. z. B. die in der Praxis oft wiederkehrende Streitfrage über die Auslegung des § 251 St.-P.-O., wobei der II. und III. Strafsenat im wesentlichen mit einander übereinstimmen gegen den I. Strafsen. S. darüber des Verf. Abhandlung im Gerichtssaal, XXXVII, Abh. IX. bes. S. 365 ff.

Die Entscheidungen der vereinigten Zivilsenate in Bd. I bis X der von den Mitgliedern des Reichsgerichts herausgegebenen Sammlung (Verlag von Veit u. Komp. in Leipzig) sind zu finden in dem von G. Fels in demselben Verlag, 1885, herausgegebenen Generalregister zu den ersten zehn Bänden jener Sammlung und zwar S. 18 die Entscheidungen betr. Auslegung einzelner Gesetze des Zivilrechts, und S. 185 betr. die Auslegung einzelner Prozefsgesetze.

Abweichungen weg und spätere können nicht mehr vorkommen. Liegt jedoch keine solche Entscheidung vor, wohl aber abweichende Urteile verschiedener Senate oder innerhalb desselben Senates, so wird man stets vorerst nach den neueren Entscheidungen zu greifen haben, dann aber prüfen müssen, ob auf die Abweichungen von früher Bezug genommen worden und etwa eine Erklärung oder Vereinigung sich angebahnt vorfindet, oder ob eine solche noch möglich erscheint. Wenn dies aber nicht der Fall ist, dann bleibt nichts übrig, als das Ersatz- und Erleichterungsmittel der Anführung von höheren Entscheidungen aufzugeben, zur Kritik derselben überzugehen, entgegenstehende Ansichten, womöglich mit Hilfe rechtswissenschaftlicher Autoritäten, zu beseitigen und sich auf diejenige Entscheidung zu stützen, die man für sich hat. Man begiebt sich damit wieder auf das eigentliche Gebiet der Beweisführung von Rechtsbehauptungen.

Die geistige Thätigkeit bei der Benutzung vorhandener Entscheidungen stützt sich auf die Analogie der Rechtsfälle als der ersten Voraussetzung und hier ist vom Gegner des Beweisführers mit besonderer kritischer Strenge zu prüfen, ob nicht fremdartige und erhebliche Dinge, welche einen Unterschied in den thatsächlichen Unterlagen begründen, in dem zur Vergleichung dienenden Rechtsfalle vorhanden sind, da selten einer ganz wie der andere geartet ist und die juristischen Unterscheidungen oft aufserordentlich feine sind. Daher haben von dieser Seite her die blofsen Anführungen gleicher Fälle und der darin gefällten Entscheidungen von vornherein ihre Bedenklichkeiten, und wenn sie geschehen, hat das Gericht alle Veranlassung, der Prüfung der Sachlage des analogen Falles recht nahe zu treten, ehe es die darüber gegebene fremde Entscheidung der einschlagenden Rechtsfrage aufnimmt.

Von Einflufs auf jene Berufung auf oberrichterliche Entscheidungen ist natürlich das Ansehen des betr. Gerichtshofes und andererseits die Zahl gleichförmiger Entscheidungen

auch anderer gleichgestellter Gerichtshöfe des In- und sogar des Auslandes, z. B. des deutschen Reichsgerichts und des österreichischen obersten Gerichtshofes, zwischen welchen beiden ein durch teilweise Rechtsgemeinschaft begründetes Verhältnis gegenseitiger Beachtung ihrer Entscheidungen stattfindet, welches namentlich von den Rechtsanwälten beider Reiche zu achten sein dürfte.

Bei der Anführung von gerichtlichen Entscheidungen und wissenschaftlichen Autoritäten wird es genügen, die Stellen in den Sammlungen und Werken und dazu kurz den Inhalt derselben, nötigenfalls auch die hauptsächliche Begründung wieder zu geben; zu vermeiden ist ein wörtliches Vorlesen, da dieses den Eindruck der Rede abschwächt und die Richter, denen ihre Zeit überall knapp zugemessen ist, ungeduldig machen würde.

Dafs in den Fällen, wo eine Kritik einer entgegenstehenden Ansicht eines Gerichtshofes für den Parteiredner sich nötig macht, diese unter Achtung des Ansehens dieses und mit Mäfsigung zu üben ist, braucht wohl kaum erwähnt zu werden. Umgekehrt aber ist es zu vermeiden, wenn man sich auf eine Vorentscheidung desselben Gerichts, vor welchem man verhandelt hat, als eine zutreffende und auch hier zu befolgende bezieht, dies mit über die Anerkennung der Richtigkeit hinausgehenden Belobungen oder gar Schmeicheleien zuthun.

3. Auch der Thatsachenbeweis kann durch dem fraglichen Rechtsstreit vorausgegangene Erkenntnisse ersetzt oder erleichtert werden und hierbei ist folgendermafsen zu unterscheiden:

a. Liegen für einen einzelnen Zivil- wie Strafprozefs s. g. Präjudizialerkenntnisse vor, worin die Wahrheit auf Grund legaler Beweistheorie oder freier Beweiswürdigung festgestellt worden ist, so brauchen die als wahr festgestellten Thatsachen und Umstände in diesem Prozesse nicht noch bewiesen zu werden, da sie aufser Streit gesetzt sind*).

*) Nach § 261 mit 399 Nr. 4 der deutschen St.-P.-O. kann das Strafgericht, wenn die Strafbarkeit einer Handlung von der Beurteilung

b. Ist jedoch ein Erkenntnis in einem anderen Prozesse ergangen, ohne eine präjudizierende Wirkung auf den vorliegenden, so würde eine dort festgestellte Thatsache, welche auch hier wieder in Frage wäre, wenn sie nicht formell (durch Geständnis, Versäumnisfolge, oder Verzicht auf die Verteidigung) als wahr zu gelten hat, sondern bewiesen worden ist, nach der Legaltheorie auch als wahr gelten müssen, weil das Erkenntnis als öffentliche Urkunde über die gesetzlich vorgeschriebene Feststellung der Wahrheit infolge stattgehabter Beweisführung die Wahrheit der fr. Thatsache seitens des Gerichts bestätigt; anders aber nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung, indem das Erkenntnis hier nicht als öffentliche Urkunde zur Annahme der Wahrheit der fr. Thatsache den Beurteiler dieser zwingen kann, vielmehr hier

eines bürgerlichen Rechtsverhältnisses abhängt, zwar auch über dieses nach den für das Verfahren und den Beweis in Strafsachen, also nach § 260 das. nach seiner freien, aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpften Überzeugung, entscheiden, ist jedoch auch befugt, die Untersuchung auszusetzen und einem der Beteiligten zur Erhebung der Zivilklage eine Frist zu bestimmen oder das Urteil des Zivilgerichts abzuwarten. Anerkannt ist, dafs das letztere, wie auch ein vor Beginn oder im Laufe der Untersuchung ergangenes Zivilurteil hinsichtlich des gedachten Rechtsverhältnisses die strafgerichtliche Beweisführung ersetze; vergl. Löwe, Kommentar zu § 261 St.-P.-O. Ebenso kann nach § 140 der deutschen Z.-P.-O. das Gericht, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreites der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittelung auf die Entscheidung von Einflufs ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen, indessen notwendig ist dies nicht, indem die strafbare Handlung auch im Zivilprozefs festgestellt werden kann; aber wenn ein Strafurteil inzwischen ergeht oder bereits vorliegt, so bindet es den Zivilrichter nicht und dieser kann nach freier Überzeugung die Schuld oder Unschuld des Delaten prüfen und nach § 411 Z.-P.-O. über die Zulässigkeit der Eideszuschiebung über die strafbare Handlung erkennen. Auch hier wird, wenn das Strafurteil auf sicheren Grundlagen ruht, eine Beziehung auf diese als bereits richterlich festgestellte in der Beweisausführung ausreichen, anderenfalls aber letztere nicht ersetzt werden können. Die Motive S. 213 bemerken in dieser Hinsicht, dafs der Richter auf Grund des Strafverfahrens die Überzeugung von der Wahrheit der Thatsachen erlangen könne und gewinne, wenn nicht für die Unrichtigkeit des Strafurteils sehr gewichtige Gründe von den Parteien vorgebracht wurden, und dafs nur sehr ausnahmsweise eine nochmalige Beweisaufnahme erforderlich sein würde. S. § 5 Abs. 2 der österreich. St.-P.-O.

der Richter nur dann die Wahrheit der Thatsache annehmen könnte, wenn das angezogene Urteil auf freier Thatsachenwürdigung beruhte und er demgemäfs seine Überzeugung mit der des anderen Richters vereinigte*).

Inwieweit hier nun eine Partei sich von der Beweispflicht durch das vorergangene Urteil für befreit erachten darf, das hängt von den Beweisergebnissen, auf welche sich jenes Urteil gestützt hat, ab, also davon, ob man mit Sicherheit erwarten darf, dafs der dem Urteil beigegebene Thatbestand und die angefügten Gründe auch den Richter des gegenwärtigen Rechtsstreites von der Wahrheit der fr. Thatsache zu überzeugen vermögen werden. So lange die Wahrheit der dem vorergangenen Urteil zu Grunde liegenden Thatsachen in dem gegenwärtigen Prozefs von keinem Teil bestritten wird, bedarf sie keiner weiteren Nachprüfung und Feststellung; macht sich diese aber notwendig, so beruht dann das in dem gegenwärtigen Prozefs ergangene Urteil auf den Ergebnissen der letzteren und nicht auf dem vorausgegangenen Urteil. Im Grunde beruht die Zulässigkeit der Benutzung eines solchen Urteils zum Beweisersatz auf einer vom Gesetz stillschweigend anerkannten gemeinen Vermutung (praesumtio hominis) des regelrechten Verfahrens der öffentlichen Behörden — Präsumtion der Legalität (Urteil des deutschen R.-G. vom 2. Februar 1880) — im besonderen hier auf der Regelannahme, dafs die prozessualischen Einrichtungen ihrem Zwecke, die Wahrheit der Thatsachen, auf welche Rechtsansprüche gegründet werden, festzustellen, entsprechen und

*) Vergl. v. Canstein a. a. O. S. 34 Nr. 4. Auch in Rechtsgebieten, wo der Satz, dafs ein Strafgerichtsurteil den Zivilrichter binde, eine praesumtio juris et de jure (Fiktion) geworden war, ist § 259 der deutschen Z.-P.-O. mafsgebend geworden, nachdem im E.-G. § 14 Nr. 1 die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urteils für den Zivilrichter aufser Kraft gesetzt worden sind, so dafs dieser ohne alle Ausnahme entscheidet nach freier Überzeugung, ob die den Thatbestand bildenden Thatsachen für wahr oder nicht wahr zu erachten seien (Motive S. 213).

jene Einrichtungen auch ordnungsmässig verwendet worden seien*).

§ 42.

2. Gemeine und Rechts-Vermutungen.

1. Es liegt im Bestreben des menschlichen Erkenntnis- und Wissensdranges, den Zusammenhang der Dinge, nach ihrer Entstehung und Entwickelung, nach Ursache und Wirkung, Grund und Folge, Bedingung und Bedingtheit, Nebeneinander- und Getrenntsein u. s. w., kurz nach allen Beziehungen des einen zum anderen, zu ergründen und sich zu erklären; die Erforschung des Thatsachenzusammenhanges im weiteren Sinne bildet auch im Rechtsleben die Grundlage der Erhebung und Geltendmachung der Rechtsansprüche. Steht man vor demselben als etwas noch Unbekannten, Rätselhaften und Unklaren, so sucht man im Kreis des Denkbaren die nach menschlicher Vernunft und Erfahrung zulässigen Möglichkeiten auf und sondert sie von den Unmöglichkeiten; die Abwägung einzelner jener nach den Vernunft- und Erfahrungssätzen in der Verstandes- bezw. Denk- und Urteilsthätigkeit flöfst Vertrauen oder Mifstrauen ein, welches zunächst sich in einem unklaren Gefühlsdenken kundgiebt, doch führt sie das Für-Möglichhalten durch Abklärung des letzteren zu Gründen der Erwägung näher zu der Annahme, dafs der für möglich gehaltene Zusammenhang in Erklärungsgründen, welche von der Vernunft und Erfahrung geboten werden, seine Vertrauensstütze finde und als wahrscheinlich und vorläufig annehmbar zu vermuten sei.**)

*) Vergl. § 274 der deutschen St.-P.-O. rücksichtlich des Beweises der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten u. § 285 Z.-P.O.; hiernach liefert der Thatbestand des Urteils rücksichtlich des Parteivorbringens Beweis, welcher nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann.

**) „Die Vermutung bezeichnet nichts als den Seelenzustand, in welchem sich der Urteiler bei der ersten oberflächlichen Prüfung des bezüglichen Teiles des Sachverhaltes befindet (prima facie evidence), den Ausgangspunkt seiner Untersuchung, und beruht auf der Schlufs-

Was nach der Erfahrung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge in einem erklärbaren Zusammenhange mit anderen feststehenden Thatsachen steht, erscheint als wahr, wenigstens als annehmbar, sofern nicht erhebliche und gegründete Zweifel dagegen bestehen; es wird als wahrscheinlich vermutet, wie im § 38 Abs. 2 näher erörtert worden ist, und auf der Wahrscheinlichkeit beruht der sog. Indizienbeweis (§ 52). Jedoch niemals für sich allein, sondern nur in Verbindung mit anderen Beweisergebnissen rechtfertigt die blofse Vermutung die Annahme einer Thatsache, für welche kein Beweis vorgebracht wurde, und zwar nur dann, wenn die Verhandlung nichts ergeben hat, was einen Zweifel dagegen erregen kann. Eine solche als wahr vorausgesetzte Thatsache wird, als sich auf den Erfahrungszusammenhang stützend, festgehalten oder als bestehend vermutet; diese Ver-

folgerung vom Gewöhnlichen, Üblichen, regelmäfsig Eintretenden auf das im vorliegenden Falle Eingetretene. Sie wird eben darum sofort hinfällig, sobald irgend etwas sich herausstellt, was diese angenommene Zuversicht (das Wort „Präsumtion" wird bekanntlich auch in diesem Sinne gebraucht) stört, die Annahme nämlich, dafs es im vorliegenden Falle bei dem gewöhnlichen, regelmäfsigen Verlaufe der Dinge geblieben sei. Von diesem Augenblick an verliert sie aber auch jede Berechtigung, auf die thatsächliche Feststellung Einflufs zu üben. Sie war von Anbeginn nicht Beweis, sondern Beweisersatz; sie konnte die Beweisführung ersparen; erleichtern kann sie sie nicht. Dadurch eben unterscheidet sich die aus dem regelmäfsigen Verlauf abgeleitete Vermutung von Beweismitteln, welche zu schwach sind, Gewifsheit zu begründen, aber ausreichen, den Beweisgegenstand wahrscheinlich zu machen und in diesem Sinne die Vermutung desselben hervorzurufen: ein Thatumstand dieser Art behält sein volles Gewicht, bis er durch einen anderen aufgewogen ist; wird seine Beweiskraft durch einen Umstand abgeschwächt, so kann sie durch einen anderen unterstützt werden". Glaser a. a. O. S. 45. Derselbe scheidet einerseits solche wirkliche, wenn auch für sich allein nicht ausreichende Beweismittel, andererseits verkleidete Regeln des materiellen Rechts vom Begriff der Vermutung aus und behält nur diejenige Vermutung übrig, welche man praesumtio hominis seu judicis bezeichnet: die aus der Betrachtung des regelmäfsigen Verlaufes der Dinge abgeleitete Annahme einer Thatsache, welche die regelmäfsige Befreiung von der Notwendigkeit, positive Beweise für einen rechtlich erheblichen Thatumstand beizubringen, bewirke; während die Rechtsvermutung bis zum Beweise des Gegenteils den Richter binde, werde die einfache Vermutung durch jeden erheblichen Zweifel, der sich aus der Verhandlung ergebe, vernichtet.

mutung ist ihrem Inhalt nach eine sog. Interimswahrheit (schon von Gensler so bezeichnet, später erst von Unger, für eine Klasse sog. unechter Vermutungen gebraucht). Überall im Beweis müssen solche Vermutungen aushelfen und oftmals fast dem Beurteiler unbewufst schieben sie sich in die „Beweiskette" oder den „Beweisring" als Glieder oder Teile ein.

Der Ausdruck „Vermutung" wird für verschiedene Begriffe gebraucht *): Annahme einer Thatsache, zu welcher man auf dem Wege der Schlufsfolgerung gelangt, oder im engeren juristischen Sinne, zu welcher das Gericht durch Schlufsfolgerung aus einer demselben hinreichend festgestellten Thatsache gelangt; anticipatio judicii de rebus incertis ex eo, quod plerumque fit, percepta (Huberus); praesumtio est nihil aliud, quam argumentum verisimile, communi sensu perceptum ex eo, quod plerumque fit (Matthaeus) u. a. m. Man darf unter Vermutung eine Erwägung oder einen Schlufs (ein vorläufiges Urteil) verstehen, vermittels deren die Wahrheit einer zu beweisenden Thatsache aus der Unterstellung einer bewiesenen unter eine Vernunft- oder Erfahrungsregel mittelbar gefolgert wird **).

Jenachdem nun der Obersatz einer Vermutung, als einer folgenden Reflexion eine allgemein anerkannte, aber nicht ausdrücklich im Recht als zuverlässig bezeichnete Regel, oder aber eine solche letztere bildet, unterscheidet man gemeine oder faktische Vermutungen (praesumtiones hominis s. facti) und Rechtsvermutungen (praesumtiones juris).

Die Richtigkeit jeder Vermutung setzt die Bewiesenheit

*) In Bests englischem Beweisrecht § 300 (Ausgabe Russels) werden deren 7 angeführt; die anderen Erklärungen siehe bei Glaser a. a. O. S. 44 Anm. 10.

**) Matth. Weindler, über Vermutungen, Landshut, 1808. v. Globig, Theorie der Wahrscheinlichkeit, Regensburg, 1806. A. W. Feuerlein, Versuch einer neuen Theorie der Vermutungen, Landshut, 1810. Osterloh, Diss. de praesumtionis vi ac natura, Lips. 1854, Zeitschrift f. Zivilrecht und Prozefs. N. F. X S. 267 ff. Langenbeck a. a. O. S. 190—199. Glaser a. a. O. S. 41 ff.

der Thatsache voraus, an deren Bestehen jene Erwägung anknüpft (Anzeichen, Anzeige, Anzeigung, signum, indicium), der faktische Ausgangs- oder Anknüpfungspunkt, die Voraussetzung oder Prämisse; z. B. vorgefundenes Blut an den Händen eines Tötungsverdächtigen im Zusammenhang mit einem bei ihm vorgefundenen Dolchmesser, welches in die Wunde der Leiche pafst, läfst nach allgemeiner Zusammenhangs-Erfahrung die Vermutung begründet erscheinen, dafs die Blutspur von dem Gebrauche dieses Dolches gegen den fr. Körper herrühre und zwar der mit Blut Befleckte der Thäter sein werde — falls nicht andere vernünftige Erklärungsgründe eines anderen Zusammenhanges gegen jene Vermutung bezw. Annahme sprechen. Mit diesem Vorbehalt mufs jede vorsichtige Vermutung geschöpft und zum Abschlufs gebracht werden.

Wenn das Gesetz (L. 14 C. de solut. 8, 48 und L. 24 D. de probat. 22, 3) aber als Regel sagt: es werde angenommen, dafs eine Schuld bezahlt oder erlassen sei, wenn der Schuldschein vom Gläubiger zurückgegeben oder vernichtet sei, so wird der Erfahrungssatz, dafs ein Gläubiger sich seiner Beweismittel für seine Forderung ohne Grund nicht entäufsern wird, so lange die Forderung noch besteht, als Obersatz gesetzlich sanktioniert und daraus weiter der Satz aufgestellt für den Rechtsverkehr: ein Gläubiger, der seinen Schuldschein preisgiebt, gilt oder wird vermutet als einer, der keine Forderung daraus mehr hat. Die behauptete und zubeweisende Thatsache der Zahlung oder des Erlasses wird also aus der festgestellten Thatsache der Rückgabe oder Vernichtung des Schuldscheines seitens des Gläubigers ex lege, d. i. als eine mit Recht erschliefs- und annehmbare erschlossen oder rechtlich vermutet. Nach dem Gesetz genügt schon der Beweis dieser letzteren Thatsache der Rückgabe oder Vernichtung des Schuldscheins für den Beurteiler, welcher nach dem Gesetz nicht den direkten Beweis der wirklich geschehenen Zahlung oder des Erlasses zu erfordern braucht. Der Schuldner, welcher diese Befreiungsgründe behauptet, kann demnach entweder den direkten Be-

weis der Zahlung oder des Erlasses suchen, oder er kann statt dessen den indirekten Beweis führen dadurch, dafs er darthut, der Gläubiger habe ihm den Schuldschein zurückgegeben oder denselben vernichtet. Dadurch, dafs das Gesetz jene Rechtsvermutung aufstellt, welche den Gebrauch des indirekten Beweises anstatt des direkten ermöglicht, befreit es den Schuldner nicht von der Beweispflicht, sondern erleichtert ihm nur deren Erfüllung — vielleicht, um überhaupt dem Rechtsverkehr in dieser Richtung aufzuhelfen.

Wenn die zu beweisende Thatsache mit der bewiesenen im notwendigen Kausalzusammenhang steht, dann stellt man den indirekten Beweis dem direkten an Wert gleich, aufserdem aber erfordert man zur Ergänzung jenes einen richterlichen Eid, sog. Noteid; aber der vermittels einer Rechtsvermutung geführte Beweis gilt als ausreichend, „obschon die bewiesene Thatsache (z. B. die Geburt des Kindes im siebenten Monat der Ehe) mit der zu beweisenden Thatsache (der ehelichen Geburt des Kindes) nicht im notwendigen Zusammenhang steht. Hierin allein liegt der Unterschied zwischen dem Beweise durch eine Rechtsvermutung und jedem anderen künstlichen oder indirektem Beweise“ *).

In diesem Sinne mag die „rechtliche Vermutung“ richtig von Borst**) dahin definiert werden: als ein gesetzlicher Schlufs von der Existenz einer juristischen Thatsache auf die einer anderen ungewissen Thatsache, welche mit der ersteren nicht in notwendigem Kausalzusammenhang steht.

2. Die prozessualische Bedeutung der Rechtsvermutungen besteht darin, dafs der Gesetzgeber es für ratsam

*) K. Reinhold a. a. O., welcher im J. 1856 zuerst mit aller Schärfe und Klarheit — ohne Fittings Buch über den Begriff von Haupt- und Gegenbeweis, Erlangen, 1853, gekannt zu haben — die Lehre von den Einreden und der Beweislast dem praktischen Bedürfnis entsprechend einfach, kurz und dabei im Anschlufs an die Quellen und Doktrin dargestellt hat.

**) Beweislast im Zivilprozefs, Leipzig, 1816. 1824. S. 35, 52; vergl. K. Reinhold a. a. O. S. 185.

erachtet, einer Regel des materiellen Rechts die Form einer Beweisvorschrift zu geben („verkleidete Vermutung"), indem er den Richter vorschreibt, unter der Voraussetzung, unter welcher er bei dem Feststehen eines bestimmten Sachverhalts in einer gewissen Richtung handeln würde, auch so zu handeln, weil dieser Sachverhalt der regelmäfsig oder naturgemäfs eintretende sei, mit dem Vorbehalt, dafs es nicht immer der Fall sein werde und müsse — praesumtio juris. Es soll dabei etwas für wahr angenommen werden, was nicht bewiesen ist*), eben weil es im Bereich der erfahrungs-

*) Glaser a. a. O. S. 44 u. 45 weist mit Recht auf die fast unwiderstehliche Versuchung hin, welche die Aufstellung der praesumtio juris mit sich bringe, die wir für die gerichtliche Redekunst hervorheben zu sollen meinen, nämlich die Versuchung, eine heikle Rechtsfrage in eine Beweisfrage umzusetzen; z. B. wenn man behaupten will, dafs der § 59 des deutschen St.-G.-B.'s die Vorschrift enthalte, dafs blos Vermutetes und Bekanntes zu gelten habe; das Urteil des R.-G. v. 2./I. 1802 sagt: „Allerdings erscheint gemäfs § 59 St.-G.-B. die Strafbarkeit ausgeschlossen, wenn jemand bei Verübung einer strafbaren Handlung einen zum gesetzlichen Thatbestand des Reates gehörigen Umstand nicht gekannt hat; allein diese Unkenntnis wird nicht vermutet und bedarf, sofern sie nicht ausdrücklich behauptet wird (St.-P.-O. § 266 Abs. 2), weder einer besonderen Beweiserhebung, noch einer Besprechung in den Urteilsgründen". Übereinstimmt das Urteil v. 4./I. 1882, nur wird dort verlangt, dafs der Thatrichter sich jedesmal von dem Vorhandensein des Wissens des Thäters überzeugt haben müsse.

Die Folgerung liegt nahe, dafs dasjenige, was nicht bewiesen zu werden braucht, auch nicht wahr zu sein brauche. Es kann sein, dafs der Gesetzgeber für unnötig erklären will das Vorhandensein eines Umstandes, dessen Beweis er nicht verlangt; aber man darf ihm diese Absicht nicht unterschieben, wenn seine Anordnung sich sonst anders erklären läfst. Es wird sich zeigen, dafs er entweder nur die einzelnen Fällen besonders nahe Gefahr des Übersehens eines notwendigen Elementes des Thatbestandes hier durch ausdrückliche Hervorhebung desselben fernhalten, darum aber noch nicht dasselbe als in anderen Fällen entbehrlich bezeichnen wollte — oder dafs er, unter dem Eindruck der Besorgnis, der Richter könnte die durch eine natürliche Vermutung bewirkte Beweiserleichterung bei einem Punkte, wo ohne Berücksichtigung derselben die Rechtspflege ins Stocken geraten müfste, aufser Acht lassen, auf dieselbe ausdrücklich aufmerksam machen, nicht aber die natürliche Vermutung zur Rechtsvermutung erheben, d. h. dem Richter einen Satz vorzeichnen wollte, den er bis zum Beweis des Gegenteils für wahr zu halten habe". Von diesem Gesichtspunkte aus zeigt Glaser a. a. O. S. 56 ff., wie manche Schwierigkeiten zu heben seien, welche sich aus der gegenseitigen Berührung des heutigen deutschen Strafrechts und Strafprozesses

mäfsigen Regelmäfsigkeit liegt, denn diese ersetzt vorläufig den Beweis; so schafft also die Rechtsvermutung eine Beweiserleichterung*).

ergeben, was besonders in betreff der nirgends im Strafgesetzbuch ausdrücklich anerkannten Vermutung der Zurechnungfähigkeit und der Vorsätzlichkeit des Handelns nachgewiesen wird. „Wenn es nun unvermeidlich ist, dafs der Richter von der Annahme ausgehe, dafs der Angeklagte geistig und körperlich normal sei und dafs er das notwendig in seiner Handlung liegende oder aus derselben notwendig oder mutmafslich Folgende sich gegenwärtig gehalten und mit seiner That auch gewollt habe, so beruht diese Vermutung auf der Natur der Sache, nicht auf einer gesetzlichen Anwendung, und sie verschwindet eben darum auch sofort, sobald sie unter den besonderen Umständen eines Falles sich nicht als zutreffend erweist, d. h. nicht erst bei dem Beweis des Gegenteils, sondern sobald Grund vorhanden ist, anzunehmen, dafs eine Abweichung von dem regelmäfsigen und daher vermuteten Gang der Dinge vorliegen konnte". Allerdings genügt es in erster Linie, dafs die That auf Zurechnungsfähigkeit und dolus hinweise (L. 1 § 1 D. de doli mali except. 44. 4: Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur; L. 1 § 3 D. ad leg. Cornel. de sicar. 48. 8: Et ex re constituendum hoc. Freilich drängt die äufsere Beschaffenheit nicht jeder That die Annahme des Vorsatzes auf und jeder Zweifel daran mufs dann zur besonderen Beweiserhebung zum Ausschlufs der Annahme hindrängen, wie die Gesetzesmotive zu § 59 cit. sagen, um jede Deutung seiner Bestimmungen gegen eine Rechtsvermutung des Wissens der Thatumstände zu beseitigen: dafs gegen den Angeklagten der Beweis zu erbringen sei, insofern nach Lage der Sache ein solcher Einwand der Unkenntnis „überhaupt noch in Frage kommen kann". Vergl. auch John, deutsches Strafprozefsrecht, §§ 28, 29. K. Binding, die Normen II. 66 ff., 87, 130 ff., 136 ff. Man darf nimmermehr annehmen, dafs das Gesetz (§ 59 St.-G.-B.) dem Richter verbieten wollte, „freizusprechen, so lange er nicht die Gewifsheit von dem hier zur Bedingung der Nichtzurechnung gemachten Thatumstande des Nichtkennens erlangt habe"; vielmehr sollte nach der richtigen Auslegung ein erheblicher Zweifel daran, dafs ein Angeklagter ein Thatbestandsmerkmal gekannt habe, das vom Vorsatz mit umfafst sein mufs, die Zurechnung zur Schuld verhindern. Nur aus redaktionellem Bedürfnis ist in einzelnen Strafgesetzen das Wissen ausdrücklich hervorgehoben, §§ 153, 154, 156, 164, 171, 187 St.-G.-B.

*) H. Burckhard a. a. O. S. 218 giebt zu, dafs die Wahrscheinlichkeit der vorzüglichste Grund für den Gesetzgeber sei, die Annahme der Wahrheit ohne den sonst nötigen Beweis anzuordnen; L. 3 D. de legib. 1. 3: jus non aptatur ad ea quae raro eveniunt, so auch die Präsumtionen, als „eigenartige Rechtssätze". Übrigens ist für die Anwendbarkeit derselben der Grund ihrer Entstehung nur ein Auslegungsmittel, z. B. ob eine physische oder logische Notwendigkeit, ob eine rein praktische die Rechtsvermutung im Gewohnheitsrecht oder in der Gesetzgebung veranlafst hat, wie bei Kommorienten, bei den Filiationsansprüchen, bei der praesumtio Muciana, dem Tode eines

Aus jener Regelmäfsigkeit hat die juristische Doktrin indessen auch Rechtsvermutungen geschaffen, von denen die Gesetze nichts wissen. Die Annahme, dafs es Thatsachen gebe, welche an sich — ohne allen Beweis — vermutet werden müfsten, war aus dem Mangel eines Prinzips für die Lehre von der Beweislast im bürgerlichen Prozefs hervorgegangen; Präsumtionen mufsten aushelfen, wo sich kein Grund für die Verteilung der Beweislast finden liefs, z. B. Vermutung für die natürliche Freiheit des Eigentums, für denjenigen, der die Belastung mit einer Vertragspflicht leugne, für den rechtmäfsigen Besitzerwerb, für Fortdauer eines Zustandes, für den guten Glauben, für Handlungsfähigkeit, für die Übereinstimmung zwischen Erklärung und Willen, für die natürlichen Bestandteile eines Rechtsgeschäftes u. s. w., und setzte dem solche Dinge entgegen, welche nicht präsumiert würden, z. B. Liberalitäten, Belastungen, mala fides u. s. w. Die Grundlosigkeit wie Entbehrlichkeit dieser „vermeintlichen Präsumtionen“ ist einleuchtend schon seit Jahren (1856) von K. Reinhold*) dargethan worden; wer einen geschlossenen Vertrag leugnet, ist beweisfrei, nicht weil er eine Rechtsvermutung für sich hat, sondern weil ein Vertrag eine juristische Thatsache ist, jede solche aber angeführt und bewiesen werden mufs; ebenso hat der Eigentümer nicht die Freiheit seines Eigentums darzuthun, weil die im Eigentum enthaltenen Befugnisse nur durch eine entgegenstehende juristische Thatsache (jus in re), welche anzuführen und zu beweisen ist, beschränkt werden kann. Die „unechten Rechts-

Verschollenen u. a. m. Die prozessualischen Präsumtionen treffen die Bestimmung, dafs etwas Wahrscheinliches für wahr anzunehmen sei, die materiellen, dafs etwas als materielles Recht gelten soll, weil ein Umstand wahrscheinlich ist.

**) Zeitschr. f. Zivilrecht u. Prozefs. N. F. XIII S. 188. Er weist das in einer Reihe von Fällen in §§ 12, 15, 16, 17 seiner Abhandlung nach. Natürlich kommen Vermischungen von angeblichen und wirklichen Rechtsvermutungen in der Doktrin vor.

vermutungen“*), welche entweder nur Dispositivbestimmungen zum Ausdruck bringen oder nur zur Gesetzesauslegung Vorschriften enthalten, oder besonders die Beweislast auferlegen, sind jedenfalls auszuscheiden.

Es handelt sich nur um die richtige Verwendung der Begriffe von Regel und Ausnahme, um die Auseinanderhaltung von juristischen Thatsachen, jenachdem sie rechtserzeugend oder rechtsvernichtend sind, und um die Einhaltung der Beweispflicht-Regel, dafs jede Partei solche Thatsachen zu beweisen habe, woraus sich ihre rechtlichen Anträge durch Schlufsfolgerung ableiten lassen. Die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses, Handlungsfähigkeit, rechtmäfsiger Besitzerwerb u. s. w. ist nur die selbstverständliche Fortwirkung der rechtserzeugenden Thatsache (die „Berechtigung zu existieren, bis sie bestritten wird“ bei Burckhard) als Regel; der Beweis ihrer Aufhebung durch rechtsvernichtende Thatsachen, als Ausnahmen, ist kein wirklicher Gegenbeweis gegen die Rechtserzeugung, sondern ein selbständiger Beweis juristischer Thatsachen, ein Hauptbeweis. Dagegen der gegen eine gesetzliche Vermutung nachgelassene Gegenbeweis ist ein wahrer Gegenbeweis im Sinne des § 39 Abs. 2, welcher jetzt der herrschende geworden ist.

Die eigentliche prozessualische Rechtsvermutung ist ein vom Gewohnheitsrecht oder in der Gesetzgebung aufgestellter Rechtssatz und zwar ein singulärer insofern, als er vorläufig dasjenige als wahr gelten läfst, was sonst zu beweisen wäre, aber eben wegen dieser Singularität ist in einem Rechtssatz nicht eine Rechtsvermutung zu suchen, wo sie nicht enthalten ist, und eine solche Erklärung eher anzunehmen, welche den Rechtssatz als Ausflufs der rechtlichen Natur eines

*) Unger, österreich. Privatrecht, II. S. 595 ff. Vergl. §§ 1029, 1030, 1033 des österreich. allgem. bürgerl. G.-B.'s, wo in § 1032 eine echte Rechtsvermutung darin ausgesprochen ist, dafs die Morgengabe in den ersten 3 Jahren der Ehe übergeben worden sei, wo der Ablauf von 3 Jahren nur zu beweisen ist.

Rechtsverhältnisses oder der gewöhnlichen Beweisregeln erkennen läfst. Die sog. materielle Rechtsvermutung, welche bestimmt, dafs etwas als Recht gelten soll, weil ein vorausgesetzter Umstand wahrscheinlich ist, bleibt hier aufser Betracht*).

Was man praesumtio juris et de jure bezeichnet hat, ist stets ein in der Rechtswissenschaft sehr unklarer und bestrittener Begriff gewesen; vorbehaltlose Rechtsvermutungen, d. h. ohne Zulassung des Gegenbeweises gegen die vorläufig angenommene Wahrheit, würden zwangsweise Wahrheitsannahmen aus einem Rechtssatze sein, wie eine aus Beweisregeln folgende, also auf dem Gebiete der Wahrscheinlichkeit Zwangs-Schlufsfolgerungen, nicht „Interims-" sondern definitive Zwangswahrheiten. Mit Recht wird auf die Beseitigung dieser Unterart der Rechtsvermutungen hingearbeitet**), als eines nicht technischen Begriffes ohne besondere Grundsätze, da darunter teils Fälle begriffen werden, in denen wegen natürlicher oder logischer Notwendigkeit von

*) Die Rechtsvermutung in § 2 des deutschen Reichsges. vom 11. Januar 1876 betr. das Urheberrecht an Mustern und Modellen geht dahin, dafs bei solchen Mustern, welche von den in einer inländischen gewerblichen Anstalt beschäftigten Zeichnern, Malern, Bildhauern u. s. w. im Auftrag und für Rechnung des Eigentümers der betr. Anstalt angefertigt werden, dieser, wenn durch Vertrag nichts anderes bestimmt ist, als der Urheber des Musters zu gelten habe; um die Notwendigkeit einer jedesmaligen Zession des Urheberrechts zu beseitigen, also aus einem praktischen Bedürfnisse, ist jene Rechtsvermutung entstanden und zwar aus der besonderen juristischen Erwägung, dafs es in solchen Fällen regelmäfsig die Absicht der Beteiligten sein werde (allgemeine Vermutung), dafs der Eigentümer der Anstalt das Vervielfältigungsrecht des Musters gegen Ablohnung des Zeichners für seine Arbeit erhalten solle. Eine solche Absicht läfst sich aber da nicht ohne weiteres voraussetzen bei Mustern, welche ein Zeichner für einzelne Aufgaben auf Grund besonderer Verträge (Ausnahmen) anfertigt; hier konnte das Gesetz, ohne die Rechte des eigentlichen Urhebers zu gefährden, eine gleiche Rechtsvermutung wie in § 2 a. a. O. nicht aufstellen, daher bleibt das Urheberrecht hier bei dem Zeichner, von dem es durch besonderen Rechtstitel erworben werden kann: vergl. Urteil des R.-G. II. Strafsen. v. 5./I. 1886. Hier liegt eine „materielle Rechtsvermutung" vor.

**) H. Burckhard a. a. O. § 36. Die Motive zur deutschen Z.-P.-O. S. 212 erklären, dafs die praesumtiones juris et de jure allen Beweis überflüssig machen.

einem Gegenbeweis keine Rede sein kann, also die Vermutung auf einer Vernunft- oder Erfahrungsnotwendigkeit beruht und eigentlich nur notwendige Schlufsfolgerung, aber nicht freie Vermutung ist, anderenteils aber Fälle, in denen eine Vermutung zur Aufstellung eines Rechtssatzes materieller Natur Veranlassung und Motiv gewesen ist und wegen des beabsichtigten Zwanges der absoluten Geltung der Gegenbeweis gegen die vorgeschriebene Annahme der Wahrheit auszuschliefsen war, so dafs also ein Unterschied gegenüber anderen Zwangsrechtssätzen nicht besteht*). Wird der Gesetzgeber, ungeachtet des Erkennens, dafs zur Aufstellung einer Norm der betreffende Sachverhalt zwar der regelmäfsig eintretende sei, dies aber nicht immer der Fall sein müsse durch gesetzgeberische Erwägungen bestimmt, sich darüber hinwegzusetzen, also den Richter anzuweisen, unbekümmert um etwaige Ausnahmen das, was in der Mehrzahl der Fälle der wahren Sachlage entspricht, zur Geltung zu bringen, und also Ausnahme und Regel gleichzustellen, so wäre eine praesumtio juris et de jure — d. i. aber eine reine Regel des materiellen Rechts aufgestellt; wird aber vom Gesetzgeber der Möglichkeit einer Ausnahme Rechnung getragen, dann allein stellt er eine „Rechtsvermutung“ auf**) und mithin bleibt nur dieser eine Begriff übrig, wie er oben festgehalten ist, die bis zum Beweis des Gegenteils durch einen

*) Gensler im Archiv für zivil. Praxis I. S. 33 nennt sie „qualifizierte“ zum Unterschied von der einfachen Rechtsvermutung, wenn ein spezielles Gesetz die Zerstörung der durch sie erbrachten juristischen Wahrannahme verbiete, so dafs ein der absoluten Wahrheit gleichgestellter Zwangsglaube erzeugt werde. K. Reinhold a. a. O. § 24 versteht darunter die dem Gesetz zufolge unanfechtbare Schlufsfolgerung.

**) Glaser a. a. O. S. 44. Die Rechtsvermutungen kommen fast nur auf dem Gebiete des Zivilrechts vor; über die auf dem Gebiete des Strafrechts vergl. Binding, die Normen, II. § 75. „Der Sitz der Schuldvermutungen ist nur in den Spezialstrafgesetzen des Reichs zu suchen“ Vergl. übrigens die in § 112 St.-P.-O. verdeckte Vermutung des Fluchtverdachts, welche einen Gegenbeweis nicht ausschliefst.

Rechtssatz gestattete vorläufige Annahme eines Umstandes als bewiesenen.

In das System der freien Thatsachen- und Beweiswürdigung passen jene sog. praesumtiones juris et de jure in der Bedeutung der vorbehaltlosen Zwangsannahme nicht mehr, weshalb umsomehr Veranlassung zur Beseitigung ihrer Unterscheidung vorliegt*).

Schliesslich sei nur noch bemerkt, dafs für die Rechtsvermutungen, weil sie Rechtssätze sind, deren Schwerpunkt im Prozefs liegt, welche aber dem materiellen Recht angehören, die gewöhnlichen Grundsätze über Rechtsnormen überhaupt gelten, so die rücksichtlich der Kollision von Präsumtionen und der Auslegung. In letzterer Beziehung wird daran festzuhalten sein, dafs sie eine Ausnahme von den sonstigen Beweisregeln enthalten, und als singuläre Rechtsvorschriften würden sie strenger als die allgemeinen auszulegen sein — indessen die Ermittelung der vis ac potestas (L. 17 D. de legib. 1. 3.) ist hier ebenso Aufgabe

*) Sie sind, wie schon früher erwähnt, in § 16 Z. 1 des Einführungsges. zur Z.-P.-O. als „Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschliefsung des Gegenbeweises als gewifs anzusehen ist" aufrecht erhalten, neben den Vermutungen des Rechts bis zum Beweise des Gegenteils, während alle übrigen „unrechten" als dem prozessualen Rechte angehörig aufgehoben worden sind. Die Rechtsfiktionen schliefsen einen Beweis des Gegenteils des erdichteten Thatbestandes unbedingt aus, „indem sie Rechtswirkungen, die sonst nur unter der Bedingung der Wahrheit des Thatbestandes des betr. Rechtssatzes einzutreten haben, an einen ganz anderen Thatbestand knüpfen und daher die Feststellung der Wahrheit, beziehungsweise den Beweis für eine ganz andere Thatsache fordern, als jene ist, welche den eigentlichen Thatbestand des betreffenden Rechtssatzes bildet." Die Rechtsfiktion kann freilich die Unwahrheit zur Wahrheit machen, daher „Erdichtung." Sie ist Übertragung oder Ausdehnung von Rechtswirkungen, welche an einen bestimmten Thatbestand geknüpft sind, auf einen anderen Thatbestand; nicht der ursprüngliche (fingierte) Thatbestand der betreffenden Rechtswirkungen, sondern der der Rechtsfiktion ist als wahr festzustellen und nur hiergegen ist ein Gegenbeweis zulässig. Vergl. v. Canstein a. a. O. S. 33. Demelius, die Rechtsfiktion in ihrer geschichtl. und dogmatischen Bedeutung, 1858, S. 92 ff. Über consensus fictus und praesumtus s. H. Burckhard a. a. O. S. 302 ff.

des Auslegers als wie bei dem jus commune; dagegen ist ein Generalisieren und Ausdehnen nach den Grundsätzen der Analogie hier, wie bei allen Ausnahmebestimmungen, unzuläfsig*).

3. Die für die Praxis noch bedeutungsvolle Frage, ob eine Partei, welche eine gemeine oder eine Rechtsvermutung als Beweisersatz, bez. Beweiserleichterung für sich benutzen oder benutzt wissen will, sich ausdrücklich und in welchem Umfang auf dieselbe zu beziehen habe?**), ist noch kurz zu beantworten.

a. Da es bei der gemeinen Vermutung sich um die Wahrscheinlichkeit einer zu beweisenden Thatsachenbehauptung handelt, diese aber nicht sofort einleuchtend sein kann, so mufs nicht blos diese Thatsache, sondern auch ihre Beziehung zu derjenigen feststehenden oder sonst beweisbaren Thatsache, dargelegt werden, woraus nach Vernunft- und Erfahrungssätzen der innere oder äufsere Zusammenhang als ein wahrscheinlicher — meist auf dem Wege des künstlichen oder logischen Beweises — zu erschliefsen ist, weil sonst eine Sachprüfung der logischen Reflexion dem Beurteiler nicht möglich wäre, auch der Vernunft- oder Erfahrungssatz, welcher als Obersatz in dem Syllogismus verwendet ist, nicht immer zutreffend aufgestellt worden sein kann und davon die Richtigkeit der Schlufsfolgerung abhängt***).

b. Einer Berufung auf das Bestehen der Rechtsvermutung bedarf es dann nicht, wenn diese aufser allem Zweifel ist; insoweit ist auf das im § 40 Abs. 1 Ausgeführte zu verweisen. Rechtssätze mufs der Richter kennen und die rechtliche Folgerung, d. h. die Unterordnung unter den aus

*) H. Burckhard a. a. O. §§ 33, 34. Über die prozessualischen Grundsätze s. Bolgiano, Zeitschr. f. Zivilrecht und Prozefs. N. F. X. S. 266 ff., XIX. S. 272.

**) H. Burckhard a. a. O. § 35.

***) Eine Berufung auf die Wahrscheinlichkeit ist m. E. keineswegs so entbehrlich wie auf einen Zeugenbeweis, was H. Burckhard a. a. O. S. 365 annimmt.

dem Recht feststehenden Obersatz schliefst sich von selbst an deren Voraussetzungen an, welche letzteren jedenfalls genau anzuführen sind. Gegenüber der im heutigen deutschen Prozefs anerkannten freien Thatsachen- und Beweiswürdigung braucht der Parteiredner nicht so ängstlich darin zu sein, ob er die eigentlich seinen Anspruch begründende Thatsache, z. B. Erlafs der Forderung, oder die Voraussetzung anführt, mit der nach gesetzlicher Vorschrift jene Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, z. B. Rückgabe des Schuldscheins; der Gegenbeweis, welchen das Gesetz vorbehält, kann gegen die Wahrheit der Prämisse, dafs der Schuldschein vom Gläubiger vernichtet oder zurückgegeben sei, ebenso wie gegen den daraus gesetzlich zu ziehenden Schlufs, dafs die Schuld bezahlt oder erlassen (überhaupt getilgt) sei, geführt werden.

Sollte es sich zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung notwendig machen, einen besonderen Tilgungsgrund zu erfahren, dann verhilft dazu das richterliche Fragerecht da, wo die Präsumtion einen weiteren Umfang hat, indem die aus der Prämisse zu ziehende rechtliche Folgerung auf verschiedenartigen Thatsachen beruhen kann*).

Auch im Strafprozefs kann ein Beweis entbehrlich werden, wenn von zwei juristisch gleichbedeutenden Thatsachen eine genügt, das Urteil zu begründen, und sie in dem Verhältnis zu einander stehen, dafs eine wahr sein mufs, z. B. wenn bei einer Betrugsbegehung Vorspiegelung falscher, oder Entstellung, oder Unterdrückung wahrer Thatsachen zur Irrtumserregung in Frage stehen, oder etwa zwei gleichgestellte Erschwerungs-Thatsachen, wie Einsteigen und Gebrauch von Nachschlüsseln beim Diebstahl u. dgl.; daher

*) Es bedarf daher wohl kaum der Unterscheidung bei H. Burckhard a. a. O. S. 367, ob das Gesetz einen bestimmten Umstand annimmt, wo eine rechtliche Folge ausgesprochen wird als aus einem bestimmt präsumierten Umstand hervorgehend, wie bei dem zurückgegebenen Schuldschein, oder ob das Gesetz eine rechtliche Folge enthält, die auf verschiedenen Thatsachen (Tilgungsgründe) beruhen kann.

wird, wenn der Beweis der einen leichter zu erbringen ist, als der der anderen gleichstehenden Thatsache, jener als Eventualität genügen und so diesen ersetzen. Im Zweifel, welche von den zusammentreffenden Thatsachen sich verwirklicht haben, wird von der dem Angeklagten ungünstigeren Alternative abgesehen werden — favor defensionis*).

Nicht anders im bürgerlichen Rechtsverfahren bei dem Zusammentreffen von mehreren Thatsachen, welche die Tilgung einer Schuld, Aufhebung einer Verpflichtung, eine gröfsere oder geringere Belastung begründen können.

3. Erklärungen der Parteien.

§ 43.

a. Das Geständnis.

Inwieweit ein Beweisersatz oder Beweiserleichterungen durch Erklärungen der Parteien geschaffen und dadurch die Beweisausführungen der Parteien abgekürzt werden, und was dabei für den Redner zu berücksichtigen sein dürfte, das ist hier und zwar mit Unterscheidung des Rechtsverfahrens zu erörtern, da der prinzipielle Unterschied des Privat- und des Strafrechts und dem entsprechend des bürgerlichen und des Strafverfahrens, freie Verfügung der Parteien über den Stoff, und den Beweis der Rechtssache dort und hier Mangel jener und blos Mitwirkung der Parteien bei Feststellung der von Amtswegen durch das Gericht zu erörternden Voraussetzungen des Gesetzvollzugs — Dispositions- und Offizialmaxime — bestimmend einwirkt**).

*) Glaser a. a. O. S. 65.

**) Einer Unterscheidung bedarf es weniger betreffs günstiger Selbstaussagen der Parteien. Es giebt immerhin Menschen, welche unter allen Umständen die Wahrheit sagen wollen, aber auch solche, welche sie nur dann nicht sagen wollen, wenn sie für sich oder andere ihnen nahe Stehende einen Nachteil zu befürchten haben, in welchem Falle man die s. g. Notlüge entschuldigt. Man kann daher die günstigen Parteiaussagen nicht als ganz wertlose, unbeachtet lassen, zumal wenn ihnen Unbefangenheit, Mangel an Berechnung oder persönlicher Wert des Aussagenden zur Seite steht, z. B. Beamteneigen-

Da die Beurteilung aller Beweisaufnahmen im neueren Prozefs sich auf den Inbegriff der Verhandlung stützen muss, so kann ein nicht in dieser abgelegtes Geständiss von dem Richter nur dann berücksichtigt werden, wenn es in einer gesetzlich zugelassenen Weise in die Verhandlung eingeführt wird. Sind zugestehende Erklärungen in einem richterlichen Protokoll niedergelegt, so kann wenigstens nach § 253 Abs. 1. der St.-P.-O. dieses verlesen werden „zum Zweck der Beweisaufnahme über ein Geständnis“, und nach der deutschen Zivilprozefsordnung steht dem ein Verbot nicht entgegen, wenn es gilt, ein etwa zweifelhaft dargestelltes Zugeständnis einer Partei auf diese Weise festzustellen. Sonst, wenn ein Geständnis vor einem nichtrichterlichen Beamten, z. B. einem Staatsanwalt, oder einem Privaten abgelegt ist, kann es nur durch Vernehmung dieser als Zeugen in der Verhandlung festgestellt werden, wodurch also die Kenntnis des Inhalts des Geständnifses erst wieder durch eine Mittelsperson dem erkennenden Gericht, und daher weniger beweisfähig oder beweisersatzfähig, zugeführt wird.

1. Im bürgerlichen Prozefs „verhandeln“ die Parteien vor dem erkennenden Gericht, soweit es jeder nötig oder zweckdienlich erscheint; über das zum Rechtsfall gehörige That- und Beweismaterial zu verfügen und davon in den Prozefs einzuführen, steht nur bei ihnen; nicht das Ge-

schaft. Das Gericht kann sich bei den blofsen Versicherungen einer Partei genügen lassen, auch auf Grund dieser allein nach § 437 Z.-P.-O. ohne besondere Beweisaufnahme eine teilweise Überzeugung gewonnen haben und einen richterlichen Eid auferlegen, umsomehr, wenn es durch persönliches Erscheinen der Partei (§ 132 Z.-P.-O.) den „persönlichen Eindruck“ hat auf sich wirken lassen, z. B. wie bei einer mit der Alimentenklage auftretenden aufserehelich Geschwächten. Nicht anders ist es im Strafverfahren, wo sich oft ganz unbewufst das Vertrauen in die Wahrheit der dem Angeschuldigten günstigen Aussage einstellt, wenigstens wenn man nicht von einem absoluten Mifstrauen, wie leicht die öffentlichen Ankläger das sein können, beherrscht wird. Die Glaublichkeit hängt hier von der sachlichen Übereinstimmung der Aussage mit anderen Ergebnifsen und von der Wirkung des persönlichen Eindrucks ab, welcher im Fall des § 233 deutsche St.-P.-O., wenn für den abwesenden Angeklagten der Verteidiger eine solche Aussage abgiebt, freilich fehlt. S. v. Kries a. a. O. S. 135.

richt hat eine Untersuchung des Sachverhaltes vorzunehmen, und der Partei an die Hand zu geben, was sie zur Durchführung ihrer Rechte aus dem Gesetze folgern könne, sondern es ist an das Vorbringen der Parteien in ersterer Beziehung gebunden und hat zu erwarten, welche Rechtsfolgerungen von ihnen gezogen werden. Nach § 130 der deutschen Z.-P.-O. und § 214 des österreichischen Entwurfes hat das Gericht nur zur Klarstellung des von den Parteien Vorgebrachten mit-, insbesondere und zwar durch Fragen hat der Vorsitzende darauf hinzuwirken, „dafs unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Festellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden“ *). Die obligatorische Fassung der Bestimmung über das Fragerecht, auch der Gerichtsbeisitzer eines Kollegialgerichts, stellt dem Recht auch eine Pflicht gegenüber, es auszuüben, ohne jedoch an deren Nichtausübung eine Rechtsfolge zu knüpfen. Eine Pflicht aber der Parteien, zur Begründung ihrer Anträge der Wahrheit gemäfs die betr. Thatsachen vorzutragen, besteht nicht**); sie können daher auch nur zum Teil das Sachverhältnis wahr vortragen, wahre Thatsachen (zu ihrer Verteidigung) leugnen, deren Beweis sie vom Gegner dadurch fordern, brauchen auch nicht auf die Fragen des Gerichts zu antworten***) (falls sie nicht die darin enthaltene Thatsache als

*) Die in § 130 Z.-P.-O. erwähnten, von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte, in Ansehung welcher der Vorsitzende auf Bedenken die Parteien aufmerksam zu machen hat, sind Vollmachtsfragen (§§ 84 und 613), Prozefsfähigkeit, gesetzliche Vertretungsbefugnis, Ermächtigung zur Prozefsführung (§ 54).

**) Der österreich. Entw. § 208 weist dazu zwar die Parteien an, jedoch ohne einen Rechtszwang; nur in § 362 wird die mutwillige Bestreitung der Echtheit einer Urkunde mit Strafe bedroht.

***) Das Gesetz knüpft hieran keinen Rechtsnachteil und überläfst die Beurteilung der zu ziehenden Folgen der Nichtbeantwortung der Fragen, wie auch einer etwa während der Verhandlung vom Prozefsgegner gestellten, dem freien richterlichen Ermessen nach § 259 Z.-P.-O.

zugestanden angesehen wissen wollen, auch nur übrigens insofern die Absicht, sie zu bestreiten, nicht aus den weiteren Erklärungen hervorgeht — nach § 129 der deutschen Z.-P.-O. während nach §§ 319, 420, 465, 468 das. eine Aufforderung zur Erklärung vom Gericht erlassen worden sein mufs, bevor ein Geständnis angenommen werden kann), endlich können sie durch ein förmliches Geständnis den Beweis eines vorher bestrittenen Umstandes als nun nicht mehr bestrittenen nicht blos entbehrlich machen, sondern ihn sogar ausschliefsen.

Das deutsche Zivilprozefsrecht bestimmt noch Folgendes. Über die vom Gegner behaupteten Thatsachen, über die Echtheit der vorgelegten Urkunden und über zugeschobene Eide hat sich eine Partei zu erklären, über erstere darf sie es mit Nichtwissen jedoch nur insoweit, als sie weder eigene Handlungen der Partei, noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Alle nicht ausdrücklich bestrittenen Thatsachenbehauptungen gelten für zugestanden, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht (Rechtsvermutung des § 129 Z.-P.-O., wobei der Richter stets die Ausnahme, den Beweis des Gegenteils, von Amtswegen zu prüfen hat*). Dem Ermessen des Gerichts bleibt es überlassen, ob ein allgemeines Ableugnen für ausreichend zu erachten sei; die Absicht, eine thatsächliche Behauptung zu bestreiten, wird der beantwortungspflichtigen Partei dann beigemessen werden können, wenn die Bestreitung der fr. Thatsache aus der Aufstellung, Bestreitung oder Bejahung einer anderen Thatsachenbehauptung notwendig folgt, oder wenn logisch der Vortrag nur aus der Annahme der Bestreitung haltbar erscheint. In diesem Falle mufs die Thatsache als bestritten, aufserdem aber als zugestanden

*) Die unterbliebene Erklärung kann bis zum Schlusse der Verhandlung (§ 251) und im Fall eines Versäumnisurteils mittels Einspruchs (§ 307), auch noch in zweiter Instanz (§ 493) nachgeholt werden, daher ist die Nichterklärung nicht ein fingiertes Geständnis, sie wirkt aber wie ein Geständnis zur Zeit, vergl. Archiv f. zivilist. Praxis, Bd. 62, S. 27—34, 54. Bd. 65 S. 88. Leonhard, Fiktionen in der Z.-P.-O. Berlin, 1880. S. 29. v. Wilmowski u. Levy, Komment. zu § 129.

angenommen werden und daher liegt hier eine Ausnahme von der freien Thatsachen- und Beweiswürdigung — eine Beweisregel vor*). Die Zwangsannahme (Präjudiz) des Zugeständnisses tritt erst am Schlufs der ganzen Verhandlung ein und es kann sich daher im mündlichen Verfahren ereignen, da hier der Vortrag der Parteien sich vollständig frei und ohne Beobachtung einer Reihenfolge bewegt, dafs Parteierklärungen über Thatsachenbehauptungen von Erheblichkeit noch ausstehen oder es zweifelhaft ist, ob eine solche bestritten werde. Es kann sich das selbst in den Schlufsvorträgen noch herausstellen und dann eine Unterbrechung derselben, z. B. durch Ausübung des Fragerechts seitens des Vorsitzenden oder Sachberichterstatters, und eine Wiedereröffnung der Verhandlungen (§ 142 Z.-P.-O.) nötig werden; jedenfalls können bis dahin noch nicht bestrittene Thatsachenbehauptungen, sofern sie nicht ausdrücklich zugestanden waren, noch bestritten werden**). Es macht keinen günstigen Eindruck, wenn eine Partei mit Erklärungen, durch welche sie den Stand der Sache leicht klar machen konnte, lange auf sich warten lässt, während sie dieselben zu guter Zeit abgeben konnte; die sogen. „Politik der freien Hand“ im bürger-

*) Im Ehe- und Entmündigungsprozefs (§§ 577, 611 Z.-P.-O.) fällt das Präjudiz des Zugeständnisses als Beweisregel weg. Übrigens kann die Rechtsvermutung des § 129 Abs. 2 zu einer Fiktion bei Feststellung formeller Wahrheit im Urteil werden, wenn das Gericht aus der Verhandlung Zweifel an der Wahrheit der Thatsachenbehauptung oder gar die Überzeugung vom Gegenteil des Behaupteten geschöpft hat, und dann doch der Gesetzesvorschrift folgend, nur wegen Versäumung ein Zugeständnis annehmen mufs. Leonhard a. a. O. S. 34, 43.

**) Vergl. v. Bülow, Komment. zu § 129. In der Berufungsinstanz können etwa in der Vorinstanz unterlassene oder verweigerte Erklärungen über Thatsachenbehauptungen, Urkunden und Eideszuschiebungen nachgeholt werden (§ 493 Z.-P.-O.). Daraus ergiebt sich, dafs die Verhandlung hier ein gänzlich erneuertes Verfahren der Vorinstanz ist, auf welche sich oftmals die Rechtsanwälte allein verlassen, wenn es ihnen in der Vorinstanz an ausreichender Information und Durcharbeitung des Prozefsstoffes gefehlt hat; dann erscheint das Verfahren der ersten Instanz nur wie ein vorbereitendes Verfahren für eine Hauptverhandlung der Berufungsinstanz.

lichen Rechtsverfahren, sowie die Kautelar-Taktik des alten schriftlichen Prozefses, ist nicht mehr gut angebracht, da man mit offenem Visir den Kampf um möglichst materielles Recht ausfechten soll. Das Hinausziehen der Abgabe der Parteierklärungen zu verhindern, ist zunächst Sache des Gegners, dann Aufgabe der Leitung des Vorsitzenden; dazu dient folgendes Recht. Das Gericht hat nach § 132 Z.-P.-O. das wichtige Hilfsmittel zur Ausübung des Fragerechts, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen und zwar zur Aufklärung des Sachverhältnisses, worin (gegenüber den Gesetzesmotiven, welche darin einen unberechtigten Eingriff in die Verfügungsrechte der Parteien erblickten) nach der Auffassung der Reichs-Justizkommission, der diese Bestimmung zu danken ist, eine notwendige Ergänzung des Systems der freien Beweiswürdigung zu finden ist, welche damit ein wirksames Mittel, der Wahrheit nahe zu kommen, geboten erhält. Obschon die Befugnis, das persönliche Erscheinen der Parteien, welches übrigens nicht erzwingbar ist, anzuordnen, vorzugsweise für den sogen. Parteienprozefs und gegen die Unzuverlässigkeit von Prozefsbevollmächtigten, welche nicht Rechtsanwälte sind, berechnet zu sein scheint, so gilt die sie ordnende Bestimmung doch auch für den Anwaltsprozefs, welchen wir hier vorzugsweise überall im Auge behalten. Übrigens dürfen darin, dafs das Gericht von dieser Befugnis im letzteren Prozefs Gebrauch macht, die Anwälte kein Mifstrauen gegen ihre Prozefsthätigkeit finden wollen, denn die möglichste Erforschung des wirklichen Sachverhaltes ist ja Aufgabe des Gerichts innerhalb der ihr gesetzten Schranken. Deren Einhaltung zu überwachen, dafs seitens des Gerichts nicht thatsächliche Behauptungen oder neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel den Parteien an die Hand gegeben werden, liegt den Rechtsanwälten bez. Parteivertretern ob, denn die Versuchung liegt für den Vorsitzenden nahe, in jenem Bestreben nach Feststellung des Sachverhaltes seine Vermutungen und Ansichten, wenn auch als „rein persönliche", erkennbar zu machen und

damit die Grenzen, welche die sogen. Verhandlungsmaxime ihm zieht, zu überschreiten*).

Wieweit nun das Gericht den einseitigen Erklärungen der Parteien überhaupt Glauben beimessen will, sofern nicht etwa für ihren Inhalt eine Rechtsvermutung mafsgebend wäre, das hängt im neueren, mündlichen Zivilprozefs ganz von dem Ermessen des Gerichts ab, für welches drei Dinge leitend sein werden: die Glaubwürdigkeit der Partei nach ihrer Persönlichkeit und ihrer Stellung in dem streitigen Rechtsverhältnis, die gröfsere oder geringere innere Wahrscheinlichkeit des Erklärten nach seiner Zusammenhangsbedeutung, und der Mangel eines ernstlichen und begründeten Widerspruches gegen die Erklärung von seiten des Gegners als „natürliches Wahrheitsargument“**); denn in bezug auf letzteren hat man in der Unterlassung der Abwehr da, wo der Prozefs die Aufforderung zur Verteidigung enthält, ein Zeugnis für die Wahrheit der gegnerischen Behauptung, eine Einräumung derselben, gefunden. Auf der zwangsweisen Annahme (Fiktion) des Geständnisses beruht das sog. Ungehorsamsverfahren (Kontumazial-System); im übrigen gilt jedes im Prozefs ausgesprochene Vorbringen für verbindlich und daher die Einräumung einer gegnerischen Behauptung als bindend und beweisend, als Ersatz weiterer Beweisführung.

Über den Sinn, die Tragweite und den Zweck der von

*) Es könnte in der Praxis von der Vorladung der Parteien in Person auch im Anwaltsprozefs viel reichlicher Gebrauch gemacht werden, um so mehr als jederzeit das Sühneverfahren geübt werden und dieses den Parteien selbst nur Vorteile bringen kann. Selten ist es, obwohl es eigentlich recht oft im Interesse eines Parteivertreters, der es aufrichtig mit der Wahrheit meint, liegt, dafs ein Antrag auf Vorladung der Parteien zur Aufklärung des Sachverhältnisses gestellt wird; z. B. bei Augenscheinseinnahmen müfsten sie immer in Person erscheinen und überall, wo eigene Handlungen einer Partei in Frage stehen, sollten in den Beweisaufnahme-Verhandlungen die Parteien selbst anwesend sein, um Aufklärungen zu geben.

Einen Zwang zum persönlichen Erscheinen einer Partei kennt die deutsche Z.-P.-O § 579 nur in Ehesachen, wie gegen Zeugen — jedoch ohne Haftanwendung.

**) Endemann, deutsches Zivilprozefsrecht, § 197.

den Parteien im Prozeſs abgegebenen Erklärungen können sehr leicht Zweifel und Streitigkeiten entstehen und daher werden die gewöhnlichen Auslegungsregeln hier analog zur Anwendung zu bringen sein; inwiefern jeder selbst die wichtigste Auslegung seiner eigenen Erklärungen zu geben vermag und ob er sie wirklich im Einklang mit der der Erklärung zugrunde gelegenen Absicht und Meinung abgiebt, das muſs dem richterlichen Ermessen zufallen. Die beiden Erklärungen der Parteien von hervorragender Wichtigkeit im Zivilprozeſs für die Entscheidung oder den Ausgang des Streites sind das Geständnis und der Eid, welche mit der Wirkung eines Beweisersatzes den Rechtsstreit, wenn auch nicht formell, so doch sachlich beendigen — confessus pro judicato habetur.

Von ersterem ist hier zu handeln.

a. Die Argumentation hat die dispositive Anerkennung eines gegnerischen Rechtsanspruchs von der Anerkennung der Wahrheit einer gegnerischen Thatsachenbehauptung (Wahrheitsbestätigung) zu unterscheiden; die Einräumung rechtlicher Behauptungen läſst sich allerdings von der thatsächlichen oftmals nicht trennen, zumal wo in den sog. juristischen Thatsachen und in Rechtsbegriffen eine Verschmelzung beider vollständig eingetreten ist, z. B. „zu Eigentum besessen“ u. a. m. Bei dem gerichtlichen Geständnis ist es auch oft nicht nötig, die Thatsacheneinräumung vom Anerkenntnis zu trennen, weil jedes im Prozeſs abgegebene Geständnis eine bindende Wirkung mit Rechtsfolgerung für den Zugestehenden hat *). Läſst sich aber in bezug auf einen Parteianspruch

*) Wir finden nirgends den Unterschied klarer gemacht als bei Endemann, Kommentar zur Z.-P.-O. II. S. 76 zu § 261. „Ein Anerkenntnis ist nicht blos da vorhanden, wo unmittelbar das Recht, sondern auch da, wo aus dispositiver Absicht, um das Recht einzuräumen, ohne Rücksicht auf die reale Wahrheit, der Thatbestand als richtig anerkannt wird, aus dem das Recht resultiert. Was die Einräumung zum Anerkenntnis in diesem Sinne macht, ist nicht die direkte Beziehung auf das Recht, sondern die Absicht, das von dem Gegner behauptete Recht feststellen zu wollen, die sich ebenso gut in der Beziehung auf die dasselbe begründenden Thatsachen äuſsern kann. Im Gegensatz

ein Anerkenntnis oder ein Verzicht auscheiden, so kann nach § 278 der deutschen Z.-P.-O. auf Antrag demgemäfs eine Verurteilung herbeigeführt werden mit vorläufiger Vollstreckbarkeit (durch Teilurteil bei teilweiser Verzichtleistung oder Anerkennung), sofern nur bei der mündlichen Verhandlung der Verzicht oder die Anerkennung erklärt worden ist*). Hier empfängt das Gericht also die unmittelbarste Kenntnis von der die Partei verpflichtenden Erklärung und es bedarf also einer Beweisführung nicht weiter.

b. Das Geständnis ist eine ausdrückliche oder stillschweigende (nach dem Kontumazialsystem eine anzunehmende oder fingierte) Erklärung einer Partei, wodurch eine gegnerische Behauptung als wahr oder richtig anerkannt wird, oder wenigstens der Gestehende zu seinem Nachteil etwas aussagt**).

zu dem Anerkenntnis sollte daher das Geständnis definiert werden als die bezeugende Einräumung, welche nicht in dispositiver Absicht, sondern als Ausdruck der Überzeugung die Thatsachen als wahr, und zwar unter dem System der materiellen Wahrheit, als materiell wahr anerkennen zu müssen, abgegeben wird." Das Unvermeidliche einer Vermischung beider Richtungen erkennt E. an und sieht darin, dafs § 261 der deutschen Z.-P.-O. dem gerichtlichen Geständnis die formelle Wirkung der Beweisersparnis beilegt, nicht blos eine bezeugende Thatsachenfeststellung, sondern auch den dispositiven und obligierenden Character, Verzicht auf ein Bestreiten. Neuerlich hat die Lehre vom Geständnis eine eingreifende Umgestaltung erfahren durch Demelius, die confessio im römischen Zivilprozefs und das gerichtliche Geständnis der neuesten Prozefsgesetzgebung, Gratz 1880, sowie durch J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozefsrechts, Nördlingen, 1887, wo das Geständnis vorwiegend als Willenserklärung, gegenüber seiner Bedeutung auch als Wissenserklärung oder Auskunftserteilung, betrachtet wird; in beiden Richtungen aber sei es bezüglich seiner rechtlichen Wirkung zu prüfen.

*) Aufsergerichtlich oder vor ersuchtem oder beauftragtem Richter, vor Gerichtsschreibern, in Schriftsätzen, abgegebene derartige Erklärungen müssen selbst erst wieder festgestellt werden, um erst mittelbar wieder verwertet werden zu können; unmittelbar können sie dem Urteil nicht zu Grunde gelegt werden.

**) Heusler a. a. O. S. 228 nennt Geständnisse Thatsachen, welche das Recht unmittelbar nicht begründen noch vernichten, sondern die schon früher erfolgte, auferhalb des Geständnisses liegende Begründung oder Vernichtung ausdrücklich konstatieren, nicht Konsenserklärungen, welche Rechtsakte, und nicht Erklärungen gegen dritte, welche unter Umständen Indizien seien.

Das Erfordernis, dafs zu einem vollen Geständnis auch eine Annahmerklärung des Gegenteils gehöre, ist nicht begründet; schon

Das sogen. qualifizierte Geständnis, als Abweichung von dem einfachen oder unbeschränkten, ist eine Einräumung der vorgedachten Art mit modifizierenden Zusätzen oder Vorbehalten, z. B. das Zugeständnis, einen Barbetrag vom Kläger empfangen zu haben, aber nicht als verzinsliches, sondern als unverzinsliches Darlehen, oder unter Leugnung der Darlehnseigenschaft, welche Kläger noch zu beweisen hat als zum Klagegrund gehörig. Der einräumende Teil gilt als beweisersetzendes Zugeständnis und je nach der Rechtserheblichkeit der Qualifikation resp. Beschränkung, ob sie eine reine Verneinung oder eine Einrede bez. juristische Thatsache (selbständige, entweder rechtserzeugende oder rechtsvernichtende) enthält, verteilt sich die Beweislast nach den Regelsätzen*), welche bei der freien Beweisprüfung nach der Sachlage anzuwenden sind.

v. Bethmann-Hollweg, Versuche u. s. w. S. 259 ff. erklärt die Äufserung nur einer Partei für genügend und man wird daher eine von einer Partei von selbst, ohne Veranlassung seitens des Gegners von ihm abgegebene, ihr nachteilige Erklärung, z. B. in der Klage, wenn sie der Beklagte zu seinem Vorteile oder zum Nachteil des Klägers aufgreift und verwertet, weil der Kläger es unterlassen hat, durch eine Ausführung oder Replikvorwegnahme die nachteilige Wirkung zu beseitigen, immerhin ein „Geständnis“ oder richtiger „Zugeständnis“ nennen, wodurch möglicherweise die Partei überhaupt, den erhobenen Rechtsanspruch zerstören kann. Die eigentliche Beweiskraft des Geständnisses mit der einer weiteren Beweisführung überhebenden Wirkung liegt sicher in der allgemeinen, aus der Lebens- und Seelenbeobachtung fliefsenden, Erfahrung, dafs entgegen dem Bestreben, von sich den Schaden möglichst abzuwenden, nicht leicht jemand zum eigenen Nachteil ohne besonderen Grund etwas erklären wird; daraus hat man früher umgekehrt gefolgert, dafs dem Anführen einer Partei zum eigenen Vorteil keine Beweiskraft beizulegen sei (L. 11. § 1. 4. D. 11. 1. L. 13. 14. cod. L. 1. § 7 D. 38. 5. Nov. 48. c. 1. § 1), während dies im heutigen mündlichen Zivilprozefs der freien Thatsachen- und Beweiswürdigung des Gerichts unterliegt. Von einer mehr formellen Seite geht die Auffassung von der der Beweisführung überhebenden Wirkung des Geständnisses aus, welche den Grund davon in der freiwilligen Übernahme des darin enthaltenen Nachteils oder in einem Verzicht findet, wie bei v. Gönner, Handbuch des Zivilproz. II. Nr. 43 § 4. Wach, das Geständnis, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 64 S. 201 ff.

*) A. W. S. Franke, Versuch über das qualifizierte Geständnis, Kiel, 1832. Pöschmann, Natur des qualifizierten Geständnisses, Leipzig, 1863. § 262 der deutschen Z.-P.-O. läfst die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nicht dadurch beeinträchtigen, dafs dem-

Die inbezug auf den Beweiswert einzig richtige Unterscheidung ist die von gerichtlichem und aufsergerichtlichem Geständnis.

α. Das gerichtliche Geständnis ist ein in dem schwebenden Prozefs vor dem zuständigen Gericht in dessen Hand gelegter, dem Gegner aber zu gute kommender Verzicht auf die Verteidigung durch Ableugnung der gegnerischen Behauptung, welche sonst in letzterem Falle zu beweisen sein würde*). Daher ist die zugestehende Erklärung für die behauptende Partei ein Beweisersatz, nicht Beweismittel, noch Beweisgrund, sondern Bestätigung der Parteibehauptung seitens des Gegners mittels seiner freien Verfügung über prozessualische und materielle Rechte, wie man mit Rücksicht auf letztere sagt: „Dispositionsakt“ mit der Wirkung einer die behauptende Partei berechtigenden Bindung (Obligation) des Bestätigenden an seine Erklärung und folgeweise Befreiung von der sonst jener obliegenden Beweispflicht in diesem Prozefse**). Nach § 261 der deutschen Z.-P.-O. bedürfen die

selben eine Behauptung hinzugefügt ist, welche ein selbständiges Begriffs- oder Verteidigungsmittel enthält, und läfst es von der Beschaffenheit des Falles abhängen, ob trotz anderer zusätzlichen oder einschränkenden Behauptungen eine Einräumung als Geständnis (qualifiziertes) anzusehen sei. Vergl. Planck a. a. O. S. 325 ff.

*) Es ist nicht richtig, wenn die Motive zur deutschen Z.-P.-O. § 261 mit Wetzell, System des Zivilproz., 3. Aufl., S. 171 das Geständnis „eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht“ nennen; der Beweis ist erst Folge des Ableugnens; s. Endemann a. a. O. § 198 Anm. 14. Planck a. a O. § 62.

**) Es kommt dies auch auf die „prozessualische Übereinstimmung“ bei Renaud, Lehrbuch des Zivilprozesses. § 104 Anm. 15 bis 17 hinaus Bei dem gerichtlichen Geständnis im Zivilprozefs kommt es sonach auf dessen innere Glaubwürdigkeit gar nicht an. Die Frage nach dem Beweiswert tritt hinter die formelle Natur eines bindenden Dispositionsaktes ganz zurück; eine Folge der s. g. Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime ist es für das Gericht, dafs es die innere Wahrheit eines gerichtlich abgelegten Geständnisses einer Partei nicht festzustellen hat, sondern dafs es letzteres annimmt, wie es ist, und soweit es Thatsachen betrifft, als formelle oder Parteien-Wahrheit, mit der Folge, dafs, wenn die Behauptung, auf welche hin das Geständnis abgelegt wurde, fallen gelassen wird, letzteres nicht blos zurückgenommen werden kann, sondern weil es seine Voraussetzung verloren, auch seine Wirkung einbüfst. Nur in dem Ehe- und Entmündigungsprozefs kann das Geständnis, weil hier der Privatverfügung entzogene Rechte in

von einer Partei behaupteten Thatsachen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreites von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zu Protokoll eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind, und zur Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich*), weshalb es auch in Abwesenheit

Frage sind und von Amtswegen die Wahrheit zu ermitteln ist, nicht als Dispositionsakt gelten; vergl. §§ 577, 611, 624, 626 der deutschen Z.-P.-O. Von einem „materiellen" gerichtlichen Geständnis spricht v. Canstein a. a. O. S. 34 u. 45 und in Busch's Zeitschr. für Zivilprozefs, I. S. 257—369 rücksichtlich der für die österreich. Z.-P.-O. vorgeschlagenen Vernehmung der Parteien als Zeugen in eigener Sache mit der durch strafrechtliche Folgen sanktionierten Pflicht zur Wahrheitsangabe, welche übrigens vom achten Juristentag abgelehnt worden ist; während dieses materielle Geständnis jedem gegenüber und zu gunsten eines jeden beweismachend sei, enthalte das formelle einen Verzicht auf die Verteidigung nur in dem betreffenden Prozesse und dem betreffenden Gegner gegenüber, welcher auch hier nur von der Beweislast befreit werde, in einem anderen Prozesse aber sei es höchstens als Vermutungsgrund zu verwerten. Da der Gestehende aber nicht zur Wahrheitsangabe verpflichtet ist und auch aus anderen Gründen etwas Unwahres einräumen kann (ausnahmsweise), so ist das Geständnis eben nur Beweisersatz für die Partei, der es gemacht ist, als Bestätigung ihrer Behauptung, und es hat sein Inhalt nicht mehr als die allgemeine Vermutung als Regelannahme für sich, dafs jemand nicht ohne besonderen Grund gegen sich eine Behauptung bestätigen wird, so dafs eben der Geständnis-Inhalt nicht mehr als Beweis- sondern nur als ein Vermutungsgrund für eine weitere Schlufsfolgerung aufserhalb des betreffenden Prozesses gelten kann.

Nur mittelbar erhält der Umstand, dafs das Geständnis der Wahrheit entspricht, oder nicht Bedeutung in § 263 der deutschen Z.-P.-O. durch die Bestimmung: „Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einflufs, wenn die widerrufende Partei beweist, dafs das Geständnis der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrtum veranlafst sei. In diesem Falle verliert das Geständnis seine Wirksamkeit." Nach § 81 und 86 das. sind die von Prozefsbevollmächtigten oder Beiständen abgegebenen thatsächlichen Erklärungen, insbesondere Geständnisse für die Partei verpflichtend, insoweit nicht dieselben von der miterschienenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden. Im allgemeinen kann der Widerruf bis zum Schlufs der mündlichen Verhandlung, auf welche das Teil-, Zwischen oder Endurteil ergeht, geltend gemacht werden und seine Wirkung ist, wenn seine Rechtfertigung gelingt, dafs die zugestandene Thatsache als bestritten gilt, mithin zu beweisen ist. Die freilich nicht hinwegzuschaffende Thatsache der Geständnisablegung mit der des Widerrufs unterfällt der freien richterlichen Beurteilung.

*) Wenn sich auch das gerichtliche Geständnis zunächst an das Gericht wendet, so empfiehlt sich für die Gegenpartei, zu deren gunsten es abgegeben wird, es ausdrücklich anzunehmen und seine Feststellung zu Protokoll zu beantragen, um jeden Zweifel über

des Gegners abgelegt werden kann; es mufs von dem Gegner in Person, oder von dessen gesetzlichem Vertreter, oder durch den Prozefsbevollmächtigten oder einen Beistand abgelegt worden sein. Hiernach beweist das gerichtliche Geständnis nicht, denn das widerspräche der freien Beweiswürdigung, aber es erspart dem Gegner die Beweisführung, durch sofortige Bindung des Einräumenden an das Geständnis und ist somit Beweisersatz.

β) Das aufsergerichtliche Geständnis ist jedes andere als das in dem fraglichen Prozefs, also im deutschen Zivilprozefs das in irgend einer anderen Form als in der des § 261 Abs. 1 Z.-P.-O. abgelegte; seine Ablegung ist eine Thatsache, welche, wenn sie bestritten oder zweifelhaft ist, sowohl rücksichtlich ihres äufseren Bestehens, als auch rücksichtlich ihres beweiswirkenden Inhalts, dem Gericht erst auf dem regelmässigen Wege (durch andere Akten, Urkunden, Zeugen, Eid) bewiesen werden mufs und erst dann von diesem als Anknüpfungspunkt (Indicium) für seine weiter folgende Beweisprüfung verwendbar ist. Der Beweiswert des aufsergerichtlichen Geständnisses, welches so wenig wie das gerichtliche eine Annahme des Gegners erfordert, bestimmt sich nach der inneren Wahrscheinlichkeit seines Inhaltes und bildet die eigentliche Voraussetzung seiner Verwendbarkeit als Beweisersatz für die freie Überzeugung; je stärker dessen Glaubwürdigkeit, desto mehr nähert es sich der Beweiswirkung des gerichtlichen Geständnisses, und der freien Thatsachen- und Beweiswürdigung unterliegend vermag bald seine bezeugende, bald seine verfügende und bindende Bedeutung auf diese von Einflufs zu sein*). Das aufsergerichtliche Geständnis kann auch

die Absicht des Zugestehenden und über den Umfang des Zugestandenen zu beseitigen, gleichzeitig aber, um die Aufmerksamkeit des Gerichts auf die eingeräumte Behauptung zu lenken; Planck, a. a. O. S. 329.

*) Als eigentliche Beweismittel nennt die deutsche Z.-P.-O. nur: Augenschein, Zeugen, Sachverständige, Eid; allein nach den Motiven S. 198 sind aufser diesen genannten, alle anderen noch denkbaren Beweismittel zugelassen; das. S. 199 heifst es: „Das aufsergerichtliche Geständnis ist wegen seines innigen Zusammenhanges mit dem Zivil-

durch Thatsacheneinräumung Rechte begründen, bestätigen, oder beschränken wollen mit der Wirkung, dafs der Erklärende dadurch (durch „formelle Wahrheitsobligation") materiell gebunden werde, wie z. B. bei einem Schuldschein, welcher ein Geständnis zur Schaffung eines Beweismittels für die Schuldverbindlichkeit enthält, ebenso wie wenn ein solches absichtlich unter Zuziehung von Zeugen erfolgt; hier kommt es auch nicht darauf an, ob der Erklärende etwas Wahres oder Unwahres in seiner Erklärung ausspricht, sondern darauf, dafs er dem Berechtigten einen Beweisgrund zur Verfügung stellt, der dritten gegenüber nicht beweiswirkend sein kann, sofern sie nicht in die Rechte jenes Berechtigten eintreten*). Bei der beabsichtigt dispositiven Eigenschaft eines aufsergerichtlichen Geständnisses kommt dessen innere, reale Beweiskraft nicht in Frage wegen der hervortretenden Verpflichtung des Gestehenden; während das gerichtliche Geständnis aber unmittelbar feststeht, bedarf das aufsergerichtliche, um die Wirkung des Dispositivaktes zu haben, erst noch der Beweisung.

Mangelt aber dem letzteren jene (beabsichtigte) Eigenschaft und betrifft es nur das zeugnismäfsige Einräumen

recht nicht geregelt; aus der Nichterwähnung darf selbstverständlich nicht geschlossen werden, dafs dem aufsergerichtlichen Geständnis der Wert eines Beweismittels hat genommen werden sollen."

*) Bei v. Canstein a. a. O. S. 34 tritt der Gesichtspunkt eines nicht durch strafrechtliche Folgen als wahr versicherten (unbeeideten) Zeugnisses hervor, sobald dritte in Frage kommen. Er bestreitet dem aufsergerichtlichen Geständnis, welches nicht zur Schaffung eines Beweismittels abgelegt werde — gegen Wach in der krit. Vierteljahresschrift XIV. S. 364 u. die Motive zur Z.-P.-O. S. 471 — die Eigenschaft eines Beweismittels, also dritten gegenüber. Übrigens ist seine theoretische Aufstellung eines „materiellen" oder bezeugenden Geständnisses als eines materiellen Beweisgrundes, der volle Beweiskraft unter dem Einflufs der strafrechtlich sanktionierten Wahrheitspflicht der Partei haben solle, der deutschen Z.-P.-O. unbekannt. Vergl. v. Canstein in Busch's Zeitschrift für Zivilproz. I. S. 257—369. Planck a. a. O. § 63 betrachtet das aufsergerichtliche Geständnis vorzugsweise als Willenserklärung, deren Annahme er jedoch für ihre Rechtswirksamkeit erfordert, weil sie nicht an das Gericht erfolge, sondern dem Angreifer gegenüber; er will darauf die Zivilrechtssätze vom Vertrag angewendet wissen, mufs aber doch zugeben, dafs auch „Wissenserklärungen" beigemischt sein könnten, z. B. in Schuldscheinen und Quittungen, welche unter den Gesichtspunkt des Zeugnisses fielen. Die Bedeutung des Geständnisses in dieser Beziehung s. das. in § 64.

von Thatsachen, welche dem Gestehenden rechtsnachteilig sind, mögen sie von einem anderen behauptet sein oder nicht, ist es also Anerkennung oder Bestätigung des Bestehens solcher nachteiliger Thatsachen, dann ist es eine „Wissenserklärung“ gegen den Gestehenden selbst und von ihm selbst abgelegt und sein Inhalt gilt als „Beweisgrund“, sofern nach der Prüfung der inneren Glaubwürdigkeit und Wahrscheinlichkeit (deren Voraussetzungen: Bewufstsein und Kenntnis der Wahrheit, ernster Wille), sowie der äufseren Form (Ausdrücklichkeit, Schriftlichkeit, Mündlichkeit, sogen. konkludente Handlungen u. s. w.) der Inhalt als wahrscheinlich und glaubhaft sich darstellt, um im Zusammenhalt mit anderen Beweisgründen zu der sicheren Schlufsfolgerung auf die Wahrheit der Behauptung gelangen zu können, für welche das aufsergerichtliche Geständnis als „Beweismittel“, wie die Praxis es noch nennt, angeführt worden ist. Die innere Beweiskraft dieses aufsergerichtlichen Geständnisses allein reicht jedoch nicht über die Wirkung eines Vermutungs- und Folgerungsgrundes hinaus. Während die einer Partei günstigen Erklärungen, von ihr in eigner Sache abgegeben, beargwohnt werden, weil in der menschlichen Natur erfahrungsmäfsig die Neigung besteht, bei Darstellung des Günstigen aus Eigenliebe es mit der Wahrheit nicht allzu genau zu nehmen, geniefst umgekehrt das Eingestehen von etwas dem Gestehenden Nachteiligem (nicht unbedingtes) Vertrauen, weil erfahrungsmäfsig hier die Wahrheit nur soweit zugegeben oder nicht bestritten wird, als man sie eingestehen mufs, indem ein freiwilliges Einräumen eines Nichtbestehens gegen besseres Wissen nur aus besonderen Gründen vorkommt — als Ausnahme, etwa um eines anderen Vorteils willen.

Bei einer freieren Anschauung wird die Möglichkeit der Benutzung des in der Einräumung enthaltenen Zeugnisses auch wider und für dritte (aufser dem Konfitenten und dessen Rechtsnachfolger einerseits und demjenigen, dem die Einräumung geschah, und dessen Rechtsnachfolger andererseits) nicht mehr ausgeschlossen, wie zur Zeit der Legaltheorie.

Der Gegenbeweis gegen die Thatsache des Geständnisses als Wahrheitsarguments, sowie gegen dessen Inhalt oder die Wahrheit dieses, wird unbeschränkt gestattet*); indessen sind dieselben Gesichtspunkte, welche für den Widerruf des gerichtlichen Geständnisses in § 263 der deutschen Z.-P.-O. massgebend sind, auch hier zu beachten und daher vermag der einfache Widerruf, so wenig wie der Nachweis der Unwahrheit, einem aufsergerichtlichen Geständnis dispositiver Natur zu helfen, sondern dessen Anfechtung kann von dem Gestehenden nur wegen Irrtums und zwar sicher nur wegen entschuldbaren Irrtums (ähnlich der sonstigen, von der Zivilprozefsordnung verworfenen, Restitution) geschehen.

Für die deutsche Zivilprozefs-Praxis folgt für die Verwendung des aufsergerichtlichen Geständnisses, bei dem gänzlichen Schweigen der Zivilprozefsordnung darüber, dafs bei Prüfung seines Wertes die aus der Natur der Sache sich ergebende Unterscheidung gemacht werden mufs, ob es abgegeben ist als Ausdruck der Absicht, sich, sei es aus dem Grunde, weil die Thatsachen wahr sind, sei es ohne Rücksicht auf die Wahrheit, ja sogar mit dem Bewufstsein der Unwahrhnit, obligieren zu wollen, oder ob es als Ausdruck eines Wahrheitszeugnisses erscheint. Die dispositive, obligatorische Bedeutung desselben gehört dem materiellen Zivilrecht an. Das Prozefsrecht hat es mit der Bedeutung als Beweisargument zu thun. In dieser Hinsicht aber unterliegt es der freien Beweiswürdigung (§ 259)**) und für diese wird die

*) Endemann a. a. O. S. 772, 773. Heusler a. a. O. S. 228 bestreitet die Richtigkeit der Bezeichnung „Geständnisse an Dritte", weil Unbeteiligten gegenüber von „Gestehen" keine Rede sein könne, sondern nur dem gegenüber, welcher die Macht und das Recht habe, einen bei dem Gestandenen zu behaften, d. h. ihn zu strafen, zum Gehorsam anzuhalten, zu einer Leistung u. s. w. Das ist allerdings Konsequenz der durchgehenden Annahme einer Wahrheitsobligation als Wirkung auch des aufsergerichtlichen Geständnisses ohne Dispositionseigenschaft; was man einmal zugestanden hat, bindet gegen das Ableugnen desselben und man mufs sich die Folgerungen daraus gefallen lassen, mag das Zugestandene wahr sein oder nicht, wenn nicht begründeter Widerruf davor rettet.

**) Endemann, Komment. II. S 78. Wach a. a. O. dagegen bemerkt, dafs, da die Kriterien nicht formeller, sondern materieller Natur

Wahrheit der zugestandenen Thatsachen so lange annehmbar erscheinen, als nicht begründete Zweifel an der Ernstlichkeit, Aufrichtigkeit, Freiheit von anderen Bestimmungsgründen u. dgl. dagegen auftauchen, mögen sie von dem Gestehenden oder von irgend einer anderen Seite oder aus dem Zusammenhang der Verhältnisse selbst hervorgehen. Im gewöhnlichen Leben wird jedes frei abgelegte Geständnis als ein vollständiger Beweisersatz angesehen, mag es dem an der Thatsache Beteiligten oder dritten Personen abgelegt worden sein; es gilt als unabweichbares eigenes Zeugnis gegen den Gestehenden, den man „beim Wort hält“.

2. Im Strafverfahren hat der Wille der Parteien keinen Einflufs auf die Benutzung der Beweisergebnisse für den Richter. Dafs hier zugestandene Thatsachen als wahr, jedoch nur vorläufig als wahr, angenommen werden („Interimswahrheit“), beruht auf der oben angeführteu allgemeinen Vermutung.

Anerkannt ist, dafs unter der Voraussetzung freier und rationaler Würdigung der Beweisergebnisse die Aussagen der Beschuldigten überhaupt, gegen sich oder andere auch für sich und andere, die Möglichkeit der Begründung richterlicher Überzeugung bilden*).

Es sind zunächst zugestehende Parteierklärungen, aufserhalb des Geständnisses, über Thatsachen, welche für prozessuale Fragen von Bedeutung sind oder sonst unter-

seien, es nicht darauf ankomme, ob das Geständnis vor dem Gegner, vor Zeugen, schriftlich, von einem Dispositionsfähigen, mit dem Willen, dem Gegner ein Beweismittel einzuräumen, abgelegt sei, damit überhaupt das aufsergerichtliche Geständnis Beweismittel sei; seine Beweiskraft bestimme sich nach der Wahrnehmungs- und Aussagefähigkeit des Gestehenden, seiner Wissenschaft und der Ernstlichkeit seines Bekenntniswillens. Auf die Spitzigkeit der Fälle, in denen es zweifelhaft ist, ob die in Frage stehende Erklärung blos ein, etwa auf irriger Voraussetzung beruhendes, also wertloses Geständnis, eines nicht bestehenden Rechtsaktes sei, oder aber den Rechtsakt selbst begründet habe (confessio oder consensus?), macht Heusler a. a. O. S. 301 in Anm. 20 mit Recht aufmerksam.

*) Glaser a. a. O. S. 337—345. v. Kries a. a. O. S. 139 ff. Schauberg, Vergleichung des Geständnisses im Zivil- und Kriminalprozefs. Zürich, 1869.

geordnete Punkte betreffen, als Zugeständnisse zu erwähnen, welche dem Gericht Weiterungen auch bezüglich der Beweiserhebung ersparen und der Beweisführung Erleichterung verschaffen. Während der Hauptverhandlung werden von dem Vorsitzenden zur Erleichterung bei etwa sich erhebenden Zweifeln einzelne Punkte dadurch festgestellt, dafs er sich bei dem Ankläger wie dem Angeklagten durch Fragen versichert, ob dies oder jenes bestritten werde oder nicht, ganz besonders soweit in einem zusammengesetzten und weitverzweigten Syllogismus sich der Thatsachenaufbau auf mancherlei Voraussetzungen beziehen kann, deren nachträgliches Bestreiten ein Zurückgehen in der Feststellung erfordern würde.

Nicht minder versichern sich die Parteien in den Beweisausführungen, dafs und ob dies oder jenes vom Gegenteil wohl nicht bestritten oder in Abrede gestellt werde, um eine sicherere Grundlage für ihre Folgerungen zu gewinnen, z. B. dafs in bezug auf die Zeit der fr. Handlung, in bezug auf Anerkennung von Beweisstücken, in bezug auf Ortsanwesenheit u. s. w. kein Zweifel mehr bestehe.

Der Ankläger ist zwar nicht in derselben Lage, wie der Angeklagte, welcher den fr. Vorgang selbst kennt, Zugeständnisse in bezug auf Thatsachen machen zu können; allein man darf von ihm erwarten, wenigstens von dem öffentlichen, dafs er seine aus den Akten oder sonst woher geschöpften Kenntnisse dem Gericht rückhaltlos mitteile; denn er kann sich bei der Erhebung der Anklage in einzelnen Voraussetzungen und Thatsachenannahmen recht sehr geirrt haben und nun bei der Beweiserhebung einsehen, wie die Sachlage doch anders gewesen, und dann zur Entbehrlichmachung weiterer Erhebungen dies zugestehen und auf diesen oder jenen Belastungspunkt verzichten, wie dies bei allen Indizienbeweisen mehr oder weniger der Fall sein kann. Ein solches offenes Zugeben macht stets den günstigsten Eindruck auf das Gericht und das Publikum und verstärkt das Vertrauen zu der Ernstlichkeit der Bemühungen des

Staatsanwalts, sich von einseitiger Verfolgssucht gleichweit wie von Voreingenommenheit für seine Stellung und bisherige Annahmen entfernt zu halten*). Sollten derartige Einwendungen jedoch auf irrtümlichen Voraussetzungen beruhen, dann hat der Vorsitzende als Hüter des Grundsatzes der materiellen Wahrheit den Irrtum aufzuklären. Sollte umgekehrt der Ankläger in der Anklageschrift oder in der Hauptverhandlung den Angaben des Angeklagten oder einzelner Entlastungs-Zeugen in thatsächlicher Beziehung mehr Vertrauen geschenkt haben, als sie verdienten, so kann der Angeklagte daraus für sich keinen Nutzen ziehen wollen, und etwa darauf sich berufen, dafs ihm etwas Günstiges von seinem Gegner zugestanden worden sei; mit der Veränderung der Beweisergebnisse kann auch der Staatsanwalt in die Lage kommen, etwas, was er vordem zugestanden hatte, bestreiten zu müssen**).

Wenn nun einer der Parteien in der Hauptverhandlung die Gelegenheit zum Widerspruch geboten war, wenigstens sich über den fr. Thatumstand zu erklären, jedoch derselbe stillschweigend von ihr übergangen worden ist, so läfst sich nichts dagegen einwenden, wenn das Gericht die Wahrheit von Thatsachen, welche die Unterlage von Nebenfragen bilden, bei allem Mangel eines Zweifels als wahr annehmen würde — ohne Beweiserhebung.

Das Zugeständnis des Angeklagten über die Neben- und untergeordneten Thatsachen verliert jedoch seine Be-

*) v. Tippelskirch in Goltdammers Archiv, 1853, S. 315 ff.: „Kann der Staatsanwalt ein Zugeständnis abgeben?"

**) Glaser, Lehre vom Beweis a. a. O. S. 64: „Selbst wirkliche Widersprüche in nebeneinander aufrecht erhaltenen Behauptungen des Staatsanwalts geben dem Angeklagten kein Recht darauf, dafs das Gericht die ihm günstigere von beiden als festgestellt annehme." Im Privatanklageprozefs wird das Gericht wegen der der freien Parteiverfügung sich nähernden Eigentümlichkeit dieses Verfahrens den beiderseitigen Zugeständnissen der Parteien, welche für ihn keinesfalls bindende Kraft haben, leichter Glauben beimessen können, da ihnen beiden hier der Vorgang genau bekannt ist; vergl. deutsche St.-P.-O. § 414 ff. Das Gericht kann, um die Vorteile der Unmittelbarkeit für die Gewinnung der Überzeugung nicht zu entbehren, das persönliche Erscheinen auch des Privatanklägers anordnen (§§ 418 u. 427 Abs. 3 der deutschen St.-P.-O.); er kann aber nicht, wie aus der Streichung

deutung als Beweisersatz, sobald sachliche Bedenken dagegen auftauchen, z. B. dafs ein Beweggrund wahrscheinlich wird, welcher den Angeklagten veranlafste, etwas Unwahres zuzugeben, dafs er sich im Irrtum über die Tragweite des Zugeständnisses für seine Verteidigung befand u. dgl.; vollends ist die ausdrückliche oder stillschweigende Zurücknahme eines Zugeständnisses der durchgreifendste Grund seiner Beseitigung als eines Beweisersatzes, wenn auch die Thatsache des Widerrufs eines jeglichen Geständnisses immer noch als Indicium für die Schuld verwertet werden kann *).

Für die Beurteilung aller Erklärungen des Beschuldigten und ganz besonders der einräumenden zu seinem Nachteile ist als Grundlage zu betrachten die Art und Weise seiner Vernehmung, welche eine andere sein wird, wenn die Erzielung eines Geständnisses ihr Zweck und leitender Grundzug

des § 348 des Entwurfes zu entnehmen ist, gleichzeitig Partei und Zeuge sein, doch aber kann seine Aussage nicht ganz unbeachtlich bleiben. Der Nebenkläger kann jedoch infolge eines darüber zu fassenden Gerichtsbeschlusses auch zeugeneidlich vernommen werden, wie von den vereinigten Strafsenaten des Reichsgerichts anerkannt ist. Wenn aber Staatsanwälte erhebliche Thatsachen aus amtlicher oder aufseramtlicher Kenntnis konstatieren wollen, was so oft hingeworfen geschieht, so sollten sie sich als Zeugen vernehmen lassen, dies aber nicht als „Partei“ thun. Vergl. v. Kries a. a. O. S. 137—139.

*) Diese Thatsache kann nach § 250 der deutschen St.-P.-O. aus einem richterlichen Protokoll des Vorverfahrens durch Verlesen der Erklärungen des Angeklagten daraus festgestellt werden; nicht der Inhalt des Geständnisses soll festgestellt werden, sondern nur, dafs ein Geständnis überhaupt insoweit abgelegt gewesen ist, was zur freien Beweiswürdigung nicht verwertet werden darf; eine darüber hinausgehende Verwendung des richterlichen Protokolles, indem es als Ersatz für den Ausfall der Wiederholung des Geständnisses in der mündlichen Verhandlung betrachtet werde, würde den Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzen und ein Revisionsgrund sein. Verteidiger haben hier allen Grund zur Vorsicht gegen eine Verletzung des § 253, da es nahe liegt, dafs der Inhalt eines früheren Geständnisses durch Verlesen des Protokolles zur vollen Kenntnis des Gerichts gebracht und verwertet werde, was eben nicht sein soll. Verf. hat sich eingehender über „die Reproduktion von Erklärungen des Angeklagten“ auch durch Verlesung richterlicher Protokolle in der Hauptverhandlung im Gerichtssaal, Bd. XXXVII. S. 222 ff. ausgelassen. Die Verlesung des richterlichen Protokolls mufs als Notbehelf erfolgen, wenn die Vornahme der Hauptverhandlung in Abwesenheit des Angeklagten gestattet ist, sie tritt an die Stelle der mündlichen Vernehmung nach der Sondervorschrift in § 232 St.-P.-O.

ist, oder wenn darin dem Beschuldigten nur Gelegenheit zur Beseitigung der gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe (Beweise) und zur Geltendmachung der zu seinen Gunsten sprechenden Thatsachen gegeben werden soll. Nicht der ersteren, sondern lediglich der letzteren Auffassung folgt die deutsche St.-P.-O. in § 242 Abs. 3 und § 136 Abs. 2 wörtlich. Sie geht in Abs. 1 von der persönlichen Freiheit des Menschen aus und gebietet (mit dem obligatorischen: „ist“), dafs dem Beschuldigten bestimmt eröffnet werde, wegen welcher strafbaren Handlung er zur Verantwortung gezogen werde, dafs er zu befragen sei, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle. Die Nachwirkungen des verbannten inquisitorischen Verfahrens, welche noch von alten Richtern und neuen Staatsanwälten nicht vergessen werden können, hat die deutsche Reichs-Strafprozefs-Ordnung gänzlich beseitigen wollen und daher hat sie den obigen Satz 2 in § 136 in der Form des instruktionellen „Soll“ ausgesprochen; nicht einmal eine Ermahnung des Richters an den Beschuldigten im Eingang der Vernehmung, noch in deren Verlauf aus Anlafs einzelner Fragen, dafs er wahrheitsgemäfs aussage, ist dem Sinne des Gesetzes nach gestattet (anders in § 149 der österreich. St.-P.-O.); aber der Richter ist verpflichtet, bei der obenerwähnten obligatorischen Eröffnung an den Beschuldigten und der Befragung desselben, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle, auch im Laufe der Vernehmung, wenn er merkt, dafs der Angeschuldigte Anstand gegen eine einräumende Beantwortung nimmt, ihm sein Recht bemerklich zu machen, dafs er nicht zu antworten brauche, wenn er nicht wolle, andererseits ihn darauf aufmerksam zu machen, dafs sein Schweigen für den Verteidigungsbeweis nachteilig werden könne (vergl. § 203 österreich. St.-P.-O.); hüten mufs sich der Richter, dabei etwa unter Hinweis auf ungünstige Schlufsfolgerungen, welche möglicherweise aus dem Schweigen gezogen werden könnten, umgekehrt auf Vorteile, welche aus der Ablegung eines Geständnisses dem Angeschuldigten für

seine gegenwärtige Lage*) oder für die endliche Aburteilung aus einer unumwundenen Einräumung erwachsen könnten. Wäre die Vermutung für die Einhaltung des gesetzlichen Verfahrens, d. h. in dem vorerwähnten Sinne der Strafprozefsordnung, eine zuverlässige, so würde dem Beweiswert der Geständnisse der Beschuldigten weit weniger Zweifel entgegenzubringen sein, als jetzt noch nötig ist, wo jene Nachwirkungen des inquisitorischen Geistes, welcher jetzt, anstatt früher bei Untersuchungsrichtern, leider am meisten noch in der Staatsanwaltschaft gepflegt wird, wie sich leicht aus ihren von dem Gesetz zu wenig begrenzten Untersuchungsbefugnissen und deren Gebrauch im Vorverfahren erkennbar macht, noch bemerkbar sind. Dem entgegenzuwirken, wird Aufgabe einer scharfen Kritik der Ursachen und Veranlassung der Geständnisse seitens der Verteidiger sein müssen, welche darin wieder eine Erfüllung der hehren Aufgabe sehen möchten, ihrerseits wahre „Wächter des Gesetzes“ für die Erhaltung der Gesetzmäfsigkeit des Strafverfahrens im Dienste der bürgerlichen Gesellschaft gegen Überschreitungen richterlicher Befugnisse zu sein! Wir möchten also hierauf allen Wert für die Prüfung und Verwertung der einräumenden Erklärungen der Beschuldigten, soweit sie zu ihrem Nachteile gereichen, zusammenfassend legen, da der uns zugemessene Raum uns verbietet, auf die juristischen Einzelheiten näher einzugehen, welche in so grofser Zahl bei der Kritik der Geständnisse im Strafverfahren für die Beweisführung und Beurteilung in Frage kommen**). Wieweit bei der freien

*) Hierher gehört z. B. im Vorverfahren die in Aussicht gestellte Befreiung von der s. g. Kollusionshaft, welche durch Beseitigung des desfallsigen Verdachts mittels eines Geständnisses aufgehoben werden könnte; ferner die Aussicht auf mildere richterliche Beurteilung, Zubilligung mildernder Umstände, Strafminderung u. dgl. Vergl. §§ 202, 204 österreich. St.-P.-O.

**) Es kann nur auf die hervorragendsten Hilfsmittel der Neuzeit für die einzelnen Partieen der Beweisführung verwiesen werden besonders auf Glaser a. a. O. S. 320, § 9: „Kritik der Aussage des Beschuldigten“. H. A. Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozefsrechts, II. S. 431 ff. Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozefsrechts, § 209. Für die Verteidiger s. besonders Frydmann,

Thatsachen- und Beweiswürdigung das gerichtliche und aufsergerichtliche Geständnis im Strafverfahren als Beweisersatz und als Beweiserleichterung benutzt werden kann, läfst sich auch nicht einmal annähernd in allgemeinen Umrissen und nach Hauptgesichtspunkten begrenzen. Der allgemeinen Vermutung der Wahrhaftigkeit der Aussagen, welche auf psychologischen Gesetzen und besonders auf dem Drang des Erinnerungsvermögens, was es enthält, in Worten zum Ausdruck zu bringen*) beruht, steht die auf dem Selbsterhaltungstriebe, alles Nachteilige von sich abzuwenden, fufsende Erfahrung gegenüber, dafs das Ableugnen von belastenden Thatsachen ein Schutz- und Verteidigungsmittel sei und dafs im Kampf dieser sich im Innern des Menschen gegenübertretenden Bestrebungen die Vernunft und der Verstand in der Beeinflussung des Wollens seltener zu gunsten des ersteren als des letzteren Triebes entscheiden. Die „Motive“ des Einräumens werden an erster Stelle in Frage kommen, dann die etwa daran sich reihenden Zwecke, die Veranlassungen, die Wiederholungen, Übereinstimmung mit anderweiten Beweisergebnissen, innere Wahrscheinlichkeit und Zusammenhangsbedeutung, Mangel eines Irrtums, einer Übereilung, Abwesenheit von Vorteilen, Verhältnis des Nachteils und seiner Erkenntnis, persönliche Glaubwürdigkeit u. a. m.

Darin ist man überall einverstanden, dafs nicht auf das blofse Geständnis eines Angeklagten, sowenig wie auf sein Zeugnis gegen Mitangeklagte allein eine Verurteilung erfolgen könne, dafs auch die Feststellung des äufseren Thatbestandes nur durch Geständnis nicht genügen dürfe**).

Handbuch der Verteidigung a. a. O. S. 196—200. Glaser a. a. O. ordnet die Kritik der Aussagen des Beschuldigten nach: Inhalt, Echtheit, Persönlichkeit und Motiv, Kenntnis der Wahrheit und das Wollen, sie zu sagen. Vergl. S. 345 die s. g. Unteilbarkeit des Geständnisses, das qualifizierte Geständnis und den Widerruf des Geständnisses; S. 338—345 des. über die Aussage des Angeklagten, soweit sie nicht Geständnis ist, vor der freien Beweiswürdigung.

*) Seneca controv. VII. 3: Confessio conscientiae vox est. Geyer a. a. O. S. 721 ff.

**) Die österreich. St.-P.-O. § 206 ordnet für den Untersuchungsrichter ausdrücklich, dafs Geständnisse des Beschuldigten ihn nicht

Wir gelangen somit dazu, dafs das Geständnis, welches in der Regel nicht sofort, sondern erst aus Überzeugung von der weiteren Nutzlosigkeit des Widerstandes gegen die Belastung aus anderen Verdachtsgründen, abgelegt zu werden pflegt, alsdann zur Vervollständigung der wirklich noch mangelhaften oder unvollständigen Beweise dient und insoweit der weiteren Erhebung von Überführungsbeweisen überheben kann und also Beweisersatz ist, nimmermehr aber als solcher betrachtet werden darf, wenn es allein als Beweismittel dasteht. Während es in jenem Falle dem Beurteiler eine Beruhigung gegen den Vorwurf des Irrtums verschafft, würde im letzteren Falle ein blofses Vertrauen auf eine vereinzelt dastehende Selbstbelastung erheblich geschwächt werden durch das Hervortreten von Umständen, welche Zweifel gegen die Wahrhaftigkeit des Gestehenden erregen. Vor einer Verwechselung blofser Zugeständnisse mit dem beweiskräftigen Geständnis ist ernstlich zu warnen*). Was die erwähnte Beruhigung auch über die Voraussetzungen eines glaubwürdigen Geständnisses anlangt, so ist die Ablegung eines Geständnisses vor dem erkennenden Gericht die gröfste, da hier jene Voraussetzungen am ehesten festgestellt werden können und hier in voller Übersicht alles zusammengefafst zur Darstellung gebracht wird, worauf sich die richterliche Erkenntnis der Verschuldung stützen kann und soll. Während das aufsergerichtliche Geständnis nicht mehr als blofsen Vermutungsgrund abgiebt zu einer weiteren Schlufsfolgerung, ist jenes Beweisgrund in einer solchen Stärke, dafs es neben anderen Beweisgründen sogar die Macht eines Beweisersatzes oder einer Beweiserleichterung hat, und ist insofern „regina probationis", welche es im englischen Prozefs sogar ermöglicht, den Ausspruch der Geschworenen ersparen zu können, wenn

von der Pflicht entbinden, den Thatbestand soweit als möglich zu ermitteln. Wegen zweier Sonderbestimmungen im deutschen Strafprozefs vergl. § 211 Abs. 2 und § 402 Nr. 4 St.-P.-O., wo das Geständnis bez. einer Übertretung die Zuziehung von Schöffen erübrigen und das Geständnis ein Grund der Wiederaufnahme des Verfahrens sein soll.

*) Glaser a. a. O. S. 337.

der Angeklagte sich für schuldig bekennt*). „Es mufs sich als des Aussagenden eigene, unbeeinflufste, sichere, bestimmte, innerlich übereinstimmende, mit den allgemein feststehenden Wahrheiten und mit den sonstigen Ergebnissen des Prozefses in Einklang zu bringende Erzählung von Vorfällen darstellen, die er aus eigenem Wissen kennt und als auf diese Weise zu seiner Kenntnis gelangt, darstellt"**).

§ 44.

b. Eidesleistungen.

1. In den meisten bürgerlichen Prozessen bilden eidliche Versicherungen der prozefsfähigen Parteien in Person über das Bestehen oder Nichtbestehen der nach dem Urteil des Gerichts entscheidenden juristischen Thatsachen in letzter Linie einen Ersatz für den Beweis, entweder wenn ein solcher gar nicht auf anderem Wege unternommen, oder, was auf dasselbe hinausläuft, zwar unternommen worden, aber ohne allen Beweiserfolg geblieben ist, oder wenn der Beweis nicht einen solchen Erfolg für Gewinnung der richterlichen Überzeugung gehabt hat, dafs ihr die materielle Wahrheit klar vor Augen liege, so dafs formelle Wahrheit sie ersetzen mufs. Derartige eidliche Versicherungen der Parteien werden in diesen Fällen von ihnen angestrebt und auch im heutigen mündlichen Verfahren dreht sich, wie im älteren deutschen Prozefs, schliefslich das Streiten der Parteien um die Schlufsfrage, welche von ihnen „näher zum Eide" sei?, nachdem festgestellt worden ist, was durch diesen noch zu beweisen

*) Das Schuldigbekennen reicht über das Geständnis der Thäterschaft oder Beteiligung an der Strafthat hinaus, indem es zugleich auch ein Einräumen des angewendeten Verbrechensbegriffs enthält, welches indessen dem Bekennenden nie zum Nachteil gereichen kann, wenn jener Rechtsbegriff unrichtig auf die That angewendet wäre; s. H. A. Zachariä a. a. O. II. S. 431 Anm. 2.

**) Glaser a. a. O. S. 320. Von Rupp, der Beweis im Strafverfahren a. a. O. S. 117 ff. wird der Beschuldigte als „Beweismittel" betrachtet, indem seine Persönlichkeit, Handlungen, Verhalten, besonders Aussagen Anknüpfungspunkte für die richterliche Schlufsfolgerung, wie andere Thatsachen der Aufsenwelt (Indizien) darbieten. Das Ge-

sei*). Der Eid ist allerdings ein Beweismittel, aber der „Parteieneid", worunter die deutsche Z.-P.-O. zunächst und vorzugsweise (aufser die besonderen Eide in §§ 260, 266, 711, 769, 780 ff.) im Buch II. Abschn. 1. Titel 10, sowohl den Schiedseid (den zugeschobenen, wie den zurückgegebenen), als auch den richterlichen, sogen. Noteid (früher Ergänzungs- wie Reinigungseid) begreift, welche ja sämtlich vom Gericht „zuerkannt" oder „auferlegt" worden sein müssen, ehe sie zur Leistung oder Verweigerung gelangen können, stellt sich nach dem eben Erwähnten als ein Beweisersatz dar, wie sich aus seiner aushilfsweisen Eigenschaft ergiebt**). Des Schiedseides bedarf es nur, wenn eine Partei entweder gar keine anderen Beweismittel hat oder solche nicht gebrauchen will, mithin von vornherein die Entscheidung des Prozesses nur auf die Gewissenhaftigkeit des Gegners oder auf die eigene stellt, sodafs ihrerseits gleich jede andere Beweisführung ausgeschlossen werden soll; aber auch wenn eine solche vorerst versucht, aber ohne den angestrebten Erfolg geblieben wäre, soll auch der eventuelle Schiedseid einen Beweisersatz abgeben. Hieraus ergiebt sich die Unterscheidung von anfänglichem („prinzipalem") und endlichem („eventuellem") Beweisersatz rücksichtlich des Schiedseides, während der richterliche Eid nur letzteres ist, ein Ersatz weiterer Beweiserbringung, welche nach der Verhandlungs- oder Dispostionsmaxime von Richteramtswegen nicht über die

ständnis könne, analog den Zeugenaussagen, häufig als ein besonderes Indicium gelten; jemehr Mifstrauen aber dagegen, desto mehr entferne es sich vom Zeugenbeweis und gehe unter der Masse der Indizien unter; ebenso könne auch das Schweigen des Beschuldigten unter Umständen als Indicium benutzt werden, da eine Verantwortung eine innerliche Notwendigkeit der Unschuld sei; eine Rechtsvermutung: qui tacet consentire videtur als Beweisregel gebe es im Strafprozefs jedoch nicht.

*) Das für die Rhetorik allgemein Praktische, nicht das Juristische ist hier überall hervorzuheben.

**) Auch bei dem von allen besonderen Eiden als praktisch sich hervorhebenden Schätzungseid in § 260 tritt die Natur eines Beweisersatzes recht hervor, welcher eine eidliche Selbstschätzung nach den Grundsätzen des richterlichen Eides ist; vergleiche Ude a. a. O. S. 455 ff.

von den Parteien eingeschlagenen Wege und erzielten Erfolge hinaus zu erstrecken ist, wie dies im Strafprozefs geschehen darf und soll.

Die Wirkung dieses Beweisersatzes ist, dafs die Parteien sowie das Gericht an das Ergebnis der endlichen Erklärungen des für schwurpflichtig erkannten Teiles (der Ableistung oder Verweigerung des formulierten Eides) gebunden sind*) und dadurch die bisher streitige oder zweifelhafte Wahrheit formell zur Grundlage des Endurteils festgestellt wird**). Hiermit wird sonach der Mangel an der Überzeugung von der materiellen Wahrheit der thatsächlichen und rechtserheblichen Parteibehauptungen — notgedrungen aus der den bürgerlichen Prozefs beherrschenden Maxime — durch die formelle Wahrheit als Ergebnis auch der freien Verfügung der Parteien über Leistung oder Verweigerung eines zuerkannten Eides aus

*) Die Beweisregel der deutschen Z.-P.-O. § 428 lautet: „Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet" und in § 428: „Die Erlassung des Eides von seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung wie die Leistung des Eides. Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, dafs das Gegenteil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt."

**) Es ist ganz irrig, dafs bei dem richterlichen Eid die Überzeugung von der materiellen Wahrheit auch materiell ergänzt werde. Das ist nicht der Fall, denn der „Parteieneid" ist auf jeden Fall bindend, auch wenn ihm die richterliche Überzeugung entgegenstünde; was in dem richterlichen Eid beschworen wird, mufs für wahr gehalten werden, ist also formell wahr, so gut als wäre es durch gar keine vorausgehende Beweisführung zu beweisen unternommen worden. Im Grunde ist der richterliche Eid samt seinen Voraussetzungen seiner Wirkung nach nicht von dem Schiedseid unterschieden, denn seine Verweigerung wie seine Ableistung bewirkt hier wie dort formelle Wahrheit und entbindet von der weiteren Feststellung der materiellen; nur die Begründung, weshalb der Richter auf den Schiedseid, dieses „prozessualische Rechtsgeschäft" wie es Wendt im Archiv für zivilist. Praxis, Bd. 63 S. 270—278, genannt hat, nicht einzugehen braucht, liegt in der Erwägung der Beweisergebnisse wie überhaupt der der Verhandlungen, und in dem Beruf der innerhalb der von dem leitenden Prozefsgrundsatz sich bewegenden Feststellung materieller Wahrheit, um von Richteramtswegen die Partei zu bestimmen, durch deren Eid eine der materiellen Wahrheit möglichst nahe formelle zum Ersatz beschafft werden könne — also auch nur die Partei, welche nicht nach abstrakten Prozessregeln, sondern nach der materiellen Sachlage „näher zum Eide" sei, und das, was sie bewahrheiten soll, wird nach richterlichem Ermessen hier festgestellt.

äufseren oder inneren Gründen ersetzt, um den Richter zu einem Endurteil gelangen lassen zu können. Für die Praxis äufsert sich also in der Mehrzahl der bürgerlichen Streitsachen der Grundsatz der freien Parteiverfügung auch am meisten und durchgreifendsten in der Ableistung oder Verweigerung der auferlegten Eide, und daher mag es kommen, dafs man wenigstens bei dem Schiedseid den Gesichtspunkt des Dispostitionsaktes wie bei dem Geständnis vor den des Beweismittels für die Beurteilung der Natur des Eides in den Vordergrund zu schieben bemüht gewesen ist*).

2. Angesichts der menschlichen Unvollkommenheit auch in dem Erkennen der Wahrheit von Thatsachen und Vorgängen hat sich das Verfahren um streitige Rechtsverhältnisse von jeher des äufsersten Hilfsmittels zur Wahrheitsfeststellung, der Versicherung der Wahrheit bei dem Höchsten und Heiligsten, das der Mensch kennt, bedienen müssen, da blofse weltliche Strafen auch schwerer Art noch nicht ausreichend erschienen, den Willen des der Wahrheitspflicht Widerstrebenden zu ihrer Erfüllung zu bestimmen; ein gleichartiger Zwang auf die Seele des Menschen geübt sollte das im Wissen Ruhende zur Offenbarung bringen und an das menschliche Gewissen, jene unüberwindliche innere Richterstimme göttlichen Ursprunges, wendet sich das weltliche Gesetz als unentbehrlichen Helfer zur Feststellung der Wahrheit durch den Eid.

Die Gewissenhaftigkeit ist die Grundlage für die Glaubwürdigkeit aller eidlichen Erklärungen (der versprechenden wie der versichernden, promissorischen wie assertorischen) und diese ist der Ausgangspunkt nicht blos für die Beurteilung der Erklärungen der Parteien, sondern auch anderer Auskunftspersonen. Der Richter, welcher bei einem etwaigen Schwurpflichtigen dessen Gewissenhaftigkeit zu mifstrauen Ursache hat, wird ihm gegenüber wegen Mangels aller Vor-

*) Dafs der Eid Vergleichungsnatur habe, ist jetzt ausgeschlossen; vergl. R.-G. im Urt. v. 11./V. 1885.

aussetzung einer zuverlässigen Eidesleistung Anstand nehmen, demselben einen Eid zuzuerkennen oder, wenn es geschehen, abzunehmen*). Ob ein Schwurpflichtiger ein Gottesleugner ist oder ein Verehrer Gottes als des Heiligsten, darauf kommt es bei der dem Eide als sanktionierten weltlichen Wahrheitserforschungsmittels nicht an; es genügt diese letztere Eigenschaft formell zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung, weshalb bekanntlich die Eidesverweigerung aus dem Grund, dafs der Schwurpflichtige nicht an das anzurufende Heiligste in der Bekräftigung der Erfüllung der Wahrheitspflicht glaube, unbeachtlich ist. In jener Gewissenhaftigkeit ist nicht blos die Vergegenwärtigung dessen, was der Schwurpflichtige in der Eidesleistung vor Gericht zur Verantwortung vor Gott und den Menschen übernimmt, sondern auch die Pflicht zur wahrheitsgetreuen Erklärung des Wissens oder Fürwahrhaltens und der ernstliche Wille, diese Pflicht zu erfüllen, enthalten; in der Versicherungsformel für die Parteien wie für andere Auskunftspersonen findet diese Gewissenspflicht ihren Ausdruck. Eine allgemeine Vermutung spricht dafür, dafs der Schwurpflichtige gewissenhaft bei einer Eidesleistung verfahren werde und verfahren sei; gegen beides können Gegenbeweise vorliegen und die Eidesabnahme ausschliefsen, oder wenn sie geschehen, ihre Wirkung aufheben**), freilich nur

*) Das kanonische Recht hatte eigentlich nur eine einzige feste Regel in c. 14. C. XXII. qu. 5 aufgestellt, nämlich dafs der Meineidige absolut eidesunfähig sein solle; vergl. des Verf. Abhandlung im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 57 (1873) S. 1—17. Es handelt sich bei dem Eid nicht um Würdigung des Beweisgrundes, sondern der Bedingungen der Zulässigkeit der Eidesleistung, denn es widerspricht der Natur des Eides dem richterlichen Ermessen nach der Leistung noch einen Spielraum zu lassen; die daran geknüpfte Folge mufs eintreten und es geht nicht an, dafs der Richter den Gewissenlosen oder Gewissenhaften schwören läfst, und dann mit dem Eide macht, was er will; er kann nur demjenigen, der sein Gewissen zu belasten unfähig ist, den Eid versagen. Der durch den Eid zur Erscheinung gebrachte Beweisgrund der Gewissensbeschwerung ist aber nicht in allen Fällen gleich. Heusler a. a. O. S. 303.

**) Die deutsche Z.-P.-O. § 431 giebt die Möglichkeit einer Abänderung der Eidesnorm und §§ 432 und 433 gewährt noch weitere Abhilfen. Vergl. §§ 422, 428, 432, 433, 439, 543 Nr. 1 u. 3.

so weit, als die prozessualischen Rechte der Parteien, besonders bezüglich des Schiedseides nicht den Richter zur Zuerkennung und Abnahme desselben drängen; letztere wird er durch ernstliche Vorstellungen an den in der Gewissenhaftigkeit bedenklichen Schwurpflichtigen abzuwenden möglichst bemüht sein.

Für die Beweisausführungen der Gerichtsredner handelt es sich rücksichtlich des Eides hauptsächlich um die Vorbereitung eines durch Eid bedingten Endurteils, wobei in Frage kommt, was soll auf den Eid gestellt werden, in welcher Form soll dies geschehen, und wer soll schwurpflichtig sein?

„In dem bedingten Endurteil ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen. Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurteil ausgesprochen"*); das ist das sog. Läuterungsurteil. Da nun je nach der Ausdehnung eines Prozesses eine gröfsere Mehrheit „prinzipaler" und „eventueller" Eide zuerkannt werden kann und davon dann die weiteren Rechtsfolgen abhängig zu machen sind, so wird das Urteil ein mehrfach, oft recht verwickeltes Werk, dessen geschickte Anordnung und Übersichtlichkeit, zumal in der Berufungsinstanz, eines der gröfsten juristischen „Kunststücke" ist. Die Abnahme der mehrfach erkannten Eide kann nach richterlichem Ermessen in getrennten Verhandlungen erfolgen, erst die der prinzipalen, dann die der eventuellen, je nach der Beschaffenheit des Falles. Vor der Eröffnung des Läuterungsurteils, welches ein unbedingtes, das Endergebnis des Rechtsstreites urkundlich, besonders für den weiteren Parteigebrauch feststellendes Endurteil ist, wird den Parteien zur mündlichen Verhandlung über die an die Eidesleistung, die Eidesverweigerung oder den Eideserlafs sich anschliefsenden endlichen Folgen Gelegenheit

*) Der § 425 u. 427 der deutschen Z.-P.-O. gilt für jedes bedingte Urteil, auch für das bedingte Zwischenurteil des § 426 Abs. 2, aber die Folgen sind für beide Fälle, der Leistung wie der Nichtleistung des Eides. auszusprechen, vergl. R.-G. im Urt. v. 19/V. 1885.

gegeben im sog. Läuterungsverfahren. Dieser Umstand ist es, welcher die Parteiredner veranlafst, in ihren Schlufsreden zur Vorbereitung eines bedingten Urteils selten auf die Eidesfolgen einzugehen, indem sie es dem Gericht überlassen, dieselben ausfindig zu machen. Es erscheint diese Bequemlichkeitspraxis nicht gerade zweckmäfsig, denn in der Feststellung der Eidesfolgen sind die Parteiansprüche, welche sich im Laufe eines Rechtsstreites oft verändern, besonders ermäfsigen, auf ihr nach Lage der Sache gegebenes Mafs zu bestimmen und als Folge der Beweisführung je nach Ausfall durch Eidesleistung oder Nichtleistung darzuthun. Gerade in dieser Beziehung bedarf das Gericht einer vorbereitenden Unterstützung, um aus dem oftmals verworrenen Beweisstoff beider Teile eine Sichtung desselben nach den Parteirollen und den prozessualischen Angriffs- und Verteidigungsmitteln zusammengefafst und ganz besonders die noch verbleibenden beiderseitigen Rechtsansprüche durch die sie begründenden Thatsachen in ihrer rechtserzeugenden oder rechtsvernichtenden, bezw. beschränkenden Wirkung klar dargelegt erhalten zu können. Es bedarf hier der genauen Ausscheidung dessen, was zweifellos feststeht, von dem, was nur zum Teil oder gar nicht erwiesen ist, um den Eintritt der bestimmten Folgen von dem der noch in der Schwebe stehenden absondern zu können. Der innere Zusammenhang der Folgen untereinander nach Ursache und Wirkung, nach Begründung und Aufhebung der Ansprüche, nach Bedingtheit, Zeitfolge u. dgl., kurz das Abhängigkeitsverhältnis klar darzulegen, ist mafsgebend für eine übersichtliche Anordnung der Vorbereitung eines durch Eid bedingten Urteils, und dabei ist die sog. „Ökonomie der Eide“ mit von Einflufs, wonach die Anordnung möglichst auf eine Ersparung von Eidesleistungen Rücksicht nehmen soll, z. B. dafs möglicher Weise ein logisch vorauszustellender Anspruch, wenn sich an seinen Beweis erst noch mancherlei Beweise anschliefsen, später zum Beweise durch Eid verstellt wird, als eine ihn überhaupt vernichtende Thatsachenbe-

hauptung des Gegners. Dieser Gesichtspunkt ist besonders ins Auge zu fassen, denn knüpft sich an eine vernichtende Thatsache die Entbehrlicheit aller weiteren Beweise, welche bezüglich der sich an die zerstörte Thatsachenbehauptung anreihenden Behauptungen thatsächlichen Inhalts sonst nötig sein würden, so würde die Eidesleistung zum Beweise jener die weiteren zum Beweise der letzteren unnötig machen. Bei der Anwendung der Verbindung des logisch und juristisch Zusammengehörigen aus den Parteivorbringen („Kombinationsmethode"), welche schon mehrmals als mafsgebend empfohlen worden ist, kommt diese „Ökonomie der Eide" jedesmal mit in betracht. Es würde die Übersicht über die durch eine so leicht mögliche Verwechselung der Parteirollen und Parteibehauptungen gefährdeten Begründungen durch die Anwendung der sog. Separationsmethode, d. i. die Aneinanderreihung aller von der einen und dann von der anderen Partei zu leistenden Eide, nach diesem äufseren Gesichtspunkte der Parteirolle, fast unmöglich, wenigstens sehr erschwert werden und dabei vollends kaum verständlich sein, in welchem Zusammenhang die äufserlich hintereinander geschobenen Eide der einen Partei mit denen der anderen Partei stehen möchten. Die sachliche Gruppierung des Prozefsstoffes kann hier allein einige Klarheit für den Zuhörer bringen; ohne Zugrundelegung der Schriftsätze der Parteien ist hierbei gar nicht fertig zu werden, aber eine gute Anordnung eines Rechtsanwaltes in seiner Schlufsrede vermag zur Durchsichtigkeit des Eidesstoffes sehr viel dem Gericht zu nützen, eine schlechte umgekehrt, es in das Irrsal der zusammenstellenden Vermutungen des möglichen oder wahrscheinlichen Zusammenhanges der Dinge zu führen, aus welchem dann nur der Vorsitzende oder der Sach-Berichterstatter an der Hand der Akten und endlich sein Urteilsentwurf herauszuhelfen vermag. Die Schwierigkeit vermehrt sich natürlich in der Berufungsinstanz, wenn zulässige neue Thatsachenvorbringen und zwar teils erkannte Eide beseitigende oder solche verändernde oder neue Eidesauflagen erfordernde nachgebracht worden sind, vollends von

beiden Teilen, indem ja nach dem heutigen mündlichen Verfahren vor Amtsgerichten in der Berufungsinstanz durch Eintritt von Rechtsanwälten erst die Rechtsstreite zur eigentlichen Austragung im Beweise gelangen. Hier das Verhältnis der herüber- und hinübergehenden Eidesleistungen mit Rücksicht auf die etwa in der Instanz veränderten Parteirollen klar und kurz vorzutragen, ist in der That ein Meisterstück der gerichtlichen Redekunst, welches nicht so häufig gelingt, praktischen Takt, volle Beherrschung der Verteilung des Stoffes auf die Parteirollen und genaueste Kenntnis des ganzen thatsächlichen und rechtlichen Materials und seiner natürlichen und logischen Aneinanderreihung und disjunktiven Zusammengehörigkeit voraussetzt.

Es empfiehlt sich die Eidesfolge als den geltend zu machenden Parteianspruch jedesmal voranzustellen, weil sie zusammengefafst dasjenige klar vor Augen stellt, was sich auf die rechtserheblichen Thatsachen, die noch durch Eidesleistung oder Nichtleistung festzustellen sind, stützen soll. Es ist dann zu erörtern, weshalb hier ein Eid zur endlichen Wahrheitsfeststellung notwendig wird, in welcher Fassung, und wer ihn zuerkannt erhalten soll — und das alles ist näher zu begründen aus den Sätzen des geltenden Rechts, der Doktrin und Erfahrung. Bei den Parteiausführungen und vielfach auch in der Begründung der bedingten Urteile wird, offenbar aus Rücksichten der Abkürzung, übersehen, die nächste Folge der Leistung oder Nichtleistung eines Eides auszusprechen, nämlich welches Parteivorbringen (Klage-Einrede-Replikbehauptungen) danach für bewiesen bez. ausgeschlossen zu erachten sei*); statt dessen wird sofort die rechtliche Wirkung auf den oder jenen Rechtsanspruch betont, als wenn der Zuhörer jene Brücke der Schlufsfolgerung sich selbst schlagen könnte und sollte. Dieses Übergehen ist ein Verstofs eines Parteiredners gegenüber dem Zuhörer, welcher

*) Die Vorschriften in §§ 428—433 der deutschen Z.-P.-O. als Beweisregeln weisen schon darauf hin.

prüfen soll zunächst die Wirkung der Leistung oder Nichtleistung eines Eides für den Beweis der Parteibehauptung nach ihrem thatsächlichen Inhalt, woran sich erst die Folgerung für den Rechtsanspruch schliefst; es beraubt den Zuhörer eines für die Durchschauung der Sach- und Rechtslage notwendigen Mittelgliedes der Folgerungen im juristischen Syllogismus.

4. In der deutschen Z.-P.-O. a. a. O. ist „der Beweis durch Eid" gesetzlich geregelt und die freie Beweiswürdigung durch die dahin gehörigen Beweisregeln zum Teil beschränkt.

Bei der Zuschiebung des Schiedseides zur Beweisantretung kann die Partei ungefähr schon ermessen, ob sie selbst zur Ableistung des Eides durch Zurückschiebung seitens des Gegners und somit die eigentliche und formell entscheidende Beweismachung in ihre Hand gelangen wird; im Zweifel hat sie es zu erwarten, ob der Gegner den zugeschobenen Eid annehmen und ableisten wird*). Die Sätze über Annahme und Zurückschiebung des Schiedseides, Widerruf derselben u. s. w. schliefsen die rednerische Einwirkung auf eine Entschliefsung der Parteien und des Gerichts aus. Vorstellungen vor der Ableistung gegen deren Vornahme sind ja bei Bedenken gegen die Gewissenhaftigkeit des Schwurpflichtigen nicht ausgeschlossen, werden aber seiten der Gegenpartei, sowie seiten des Gerichtsvorsitzenden mit Vorsicht zu bewirken sein, um nicht den Schwurpflichtigen zu verletzen oder andererseits allzu sicher oder umgekehrt unsicher zu machen und einzuschüchtern oder gar ängstliche Gemüter durch Gewissenszwang zur Aufgabe von Rechtsansprüchen zu veranlassen, falls nicht eine überwiegende moralische wie aus der Sachlage gewonnene Überzeugung davon, dafs eine schwurpflichtige Partei den betreffenden Eid zu leisten nicht verantworten könne, dabei in die Wagschale fällt.

*) Die Eideszuschiebung mit ihren Wirkungen und Folgen hängt stets von der beseitigenden Bedingung ab, ob und dafs nicht das Gericht nach §§ 437—439 Z.-P.-O. einen richterlichen Eid auferlegt. Motive, S. 419 a. E. u. R.-G. Urt. v. 25/X. 1884.

Dagegen giebt die Erzielung der Auflage eines richterlichen Eides, obschon diese unabhängig von den Anträgen der Parteien zu erfolgen hat, wenn das Gericht seine aus der Sachdarstellung nicht vollständig gewonnene Überzeugung ergänzen will, den Parteirednern Gelegenheit zu Ausführungen, um für die eigene Partei einen richterlichen Eid zum Beweisersatz zu erlangen, oder von der Gegenpartei zu deren unvollständiger Beweisführung noch eine auf ihre Gewissenhaftigkeit gestellte, äufserste Beweisersatz-Erklärung durch die vorgeschriebene eidliche Beteuerung der Wahrheit oder Unwahrheit zu verlangen. Hier hängt die Annahme des Vorhandenseins der Voraussetzung des sogen. Noteides, des non liquet, von der freien Prüfung des Gerichts ab, und für oder gegen jene Annahme haben die Parteien in ihrem Interesse mit ihren Beweisausführungen im Schlufsvortrag vor einem zu erwartenden durch Eid bedingten Urteil zu kämpfen. Das Gericht hat bei der Auferlegung dieses Eides, wie man sagt, volle „diskretionäre Gewalt", d. i. Befugnis ohne Verpflichtung zur Auferlegung des Eides mit dem freien Ermessen in betreff des Eidessatzes und der Normierung (Wahrheits- oder Überzeugungseid nach Mafsgabe der Regel in § 424 der deutschen Z.-P.-O.) und die Wahl der Partei ohne Rücksicht auf die Beweislast (dagegen unter Berücksichtigung der persönlichen Glaubwürdigkeit, weshalb es volle Freiheit hat, über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache eine Eidesleistung zu fordern).

Erst wenn der Rechtsstreit bis zu einem bedingten Endurteil gediehen ist (§ 439 Z.-P.-O.), kommt der richterliche Eid regelmäfsig in Frage, aber vereinzelt auch in Zwischenstreiten, oder zur Feststellung einzelner Thatsachen von mittelbarer Erheblichkeit und neben anderen Beweisführungen, nur ist er in Entmündigungssachen ausgeschlossen. Allein er ist nicht notwendiger Eid im Sinne des früheren Erfüllungs- und des Reinigungseides, welche eine teilweis gelungene Beweiserhebung und Beweisführung voraussetzten,

jetzt aber als ganz beseitigt gelten*), sondern auch da, wo gar keine Beweisantretung oder etwa nur eine mit alleiniger Eideszuschiebung stattgefunden hat, also eine Beweisaufnahme nicht vorhanden ist, „kann“ das Gericht auf Grund blofser Parteiverhandlungen schon zur Auflage eines richterlichen Eides gelangen, denn in § 437 Z.-P.-O. ist das „und“ in den Eingangsworten: „Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend“ u. s. w. nicht blos kopulativ, so, dafs nur beides zusammmen gesetzliche Voraussetzung sei, zu verstehen, sondern disjunktiv, das eine oder das andere, oder auch beides. Umsomehr kann das Gericht bei teilweiser Beweisaufnahme, ohne Erledigung aller Beweisanträge, zur Auferlegung eines richterlichen Eides schreiten; andererseits ist dies ausgeschlossen, wenn der Beweispflichtige nach richterlicher Überzeugung gar nichts bewiesen hätte (R.-G. Urt. v. 3. Januar 1884) oder sogar teilweise gegen ihn einige Wahrscheinlichkeit erbracht sei.

Rücksichtlich der Thatsachen ist das Gericht nur der Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime unterworfen (R.-G. Urt. v. 23. April 1884), kann daher in den richterlichen Eid nicht Thatsachen aufnehmen, welche nicht von einer Partei behauptet oder bestritten sind, ohne jedoch an den Wortlaut einer Eideszuchiebung über streitige Thatsachen gebunden zu sein (R.-G. Urt. v. 25. Oktober 1884); dagegen hängt es von dem richterlichen Ermessen ab, ob es den Eid positiv oder negativ fassen, auf die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsachenbehauptung stellen will**).

*) E.-G. § 14 Nr. 2, 3 zur deutschen Z.-P.-O., auch ist durch § 13 Nr. 2 dortselbst die Vorschrift in Art. 34 des Handelsgesetzbuchs betr. die Beschwörung der Handelsbücher beseitigt. Über die jetzige Beweiskraft der Handelsbücher nach dieser Beseitigung vergl. „Entscheidungen des Reichsgerichts“ (Leipzig) Bd. VI S. 385.

**) Sonst ist der richterliche Eid nur über Thatsachen, also nicht über Rechtsbegriffe und Urteile oder Rechtsverhältnisse, so wenig wie der Schiedseid. zu schwören; es ist einerlei, ob die Thatsache unmittelbar zum Grund eines Rechtsansprnchs gehört oder erst mit anderen verbunden einer Schlufsfolgerung als Indicium dient (R.-G. im

Das „souveraine Ermessen“ des Richters findet jedoch seine Grenzen in den gesetzlichen Beweisregeln, z. B. bezüglich des § 428 Abs. 1 und 429 nach Leistung oder Erlassung und Verweigerung eines durch Beweisbeschlufs geordneten Eides, oder bez. der den Urkundenbeweis betreffenden Regeln; nur den Vorschriften in §§ 410 und 413 Z.-P.-O. ist es nicht unterworfen und der Umstand, dafs eine Partei nur einen Überzeugungseid, die andere aber einen Wahrheitseid leisten kann, ist nicht für das richterliche Ermessen bindend*).

Aus alledem ergiebt sich, dafs die Parteiredner zur Vorbereitung eines durch richterlichen Eid bedingten Urteils einen ziemlich weiten Spielraum für Beweisausführungen haben, um darlegen zu können, wer „näher zum Eide“ sei. Jede Partei, welche etwas bewiesen zu haben vermeint oder wenigstens einige Wahrscheinlichkeit für sich hat, wird, sofern sie sonst ihrer Sache gewifs ist, zu vermeiden suchen, dafs dem Gegner ein richterlicher Eid auferlegt werde, um nicht die daran sich knüpfende Entscheidung von der Gewissenhaftigkeit dieses abhängig zu machen, andererseits aber bemüht sein, sich selbst die Auferlegung eines richterlichen Eides zu verschaffen, wenigtens für den Fall, dafs die Gewinnung voller Überzeugung von der erheblichen Thatsache bei dem Gericht noch nicht feststehe. Daher ist Abschwächung des gegnerischen Beweises und Stärkung des eigenen durch Ausführungen aus den Verhandlungs- und Beweisaufnahme-Ergebnissen die rednerische Taktik zur Beseitigung der Auferlegung eines richterliches Eides an den Gegner und andererseits zur Erlangung dieser für die eigene Partei. Dagegen in dem Fall, dafs die Partei zur Wahrung ihres Gewissens

Urt. v. 29./IV. 1884). Endemann, Komment. II. S. 350. v. Bülow a. a. O. zu § 437. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. I. S. 602.

*) Die Motive S. 287 bemerken ausdrücklich, dafs die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide nur die Eideszuschiebung treffen; dem Richter stehe es frei, für den von ihm aufzuerlegenden Eid die Form des Überzeugungseides zu wählen, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung seiner Überzeugung für erheblich erachte.

irgend welche Ursache hätte, für sich einen richterlichen Eid nicht zu erzielen, um ihn nicht schwören, oder verweigern zu müssen, wird der Parteiredner sich bemühen, jene etwa nach Lage der Sache zu erwartende Eidesauferlegung durch seine Ausführungen zu umgehen und dahin zu wirken, dafs wenigstens der Gegner, ohne eine Probe seiner Gewissenhaftigkeit zu bestehen, nicht wegkomme, indem er wenigstens einen Überzeugungseid auferlegt erhalte.

5. Endlich giebt die Eidesformulierung und Aufstellung der „Eidesnorm", und vor allem die Frage, ob ein Wahrheits- oder ein Überzeugungseid der Thatsachenbehauptung einen Beweisersatz nach Lage der Sache verschaffen müsse oder könne, den Parteirednern eine weitere Gelegenheit der Beweisausführung; es können hierbei mancherlei Zweifel entstehen, welche im deutschen bürgerlichen Rechtsverfahren nach Mafsgabe des § 424 Z.-P.-O. zu entscheiden sind. Es würde zuweit in das Juristische hineinführen, wenn hier darüber noch ein Mehr gesagt werden möchte.

§ 45.

4. Die Offenkundigkeit.

Wenn man im Rechtsverfahren sich auf „Offenkundigkeit" oder „Notorietät" zum Beweise einer streitigen oder als vom Gegner möglicherweise zu bestreitenden Thatsachenbehauptung bezieht, so will man damit sagen, dafs man sich einer Beweisführung auf dem dafür gebotenen Wege für überhoben erachte, dafs der sonst zu erbringende Beweis dadurch ersetzt werde. Statt einen solchen anzutreten, d. h. die sonst erforderlichen Beweisaufnahmehandlungen zu beantragen, bezieht die Partei sich einfach auf die Offenkundigkeit der fr. Thatsache, d. i. das Wissen davon bei Gericht, dem ja allein Beweis zu erbringen ist — judici fit probatio —*).

*) Ob nun dieses Wissen bei Gericht der allgemeinen Menschenerfahrung oder der Orts- oder der Gerichtskundigkeit, der eigenen Anschauung, der Mitteilung durch andere u. s. w. entstammt, ist ganz

Die Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit der betreffenden Thatsachenbehauptung wird auf die Kenntnis des Gerichts von grundlegenden thatsächlichen Umständen hingewiesen, aus welcher, als in seinem Kreise bekannten, unmittelbar oder mittelbar durch Schlufsfolgerung, sie zu gewinnen sei. Während sonst die Kenntnis solcher Umstände dem Gericht erst von den Parteien im Zivilprozefs zu beschaffen ist durch Beweismittelangabe, wird sie bei der Offenkundigkeit als vorhanden angenommen oder als leicht sich selbst zu verschaffende für den einzelnen Richter, falls er sie nicht haben sollte, vorausgesetzt. Die „Offenkundigkeit" ist daher nicht blos vereinzeltes, subjektives Wissen, sondern ein einer Personenmehrheit beiwohnendes, in der Potenz eine Allgemeinkunde, oder wenigstens ein in gewissen Lebenskreisen verbreitetes Wissen bestimmter Thatsachen, welches eben in seiner Verbreitung die Gewähr enthält, dafs eine Täuschung in dem Bestehen der Wirklichkeit nicht wahrscheinlich sei, also die allgemein als wahr angenommene Thatsache auch hier als wahr anzunehmen und daher nicht zu bestreiten und mithin nicht noch zu beweisen sei*). In

gleich. Der Prüfstein ist allein der, ob dem Wissen von einer Thatsache eine in den Kreisen, wo sie bekannt sein kann, verbreitete Ausdehnung, eine Objektivierung in der mündlichen oder schriftlichen Bekundung und Anerkennung anderer zur Seite steht. Vergl. W. Langenbeck, über das Wesen der Notorietät und ihre Bedeutung im Zivilprozefs, in Busch's Zeitschr. für Zivilproz. IV. S. 470 ff.

*) Meistens bilden offenkundige Thatsachen nicht unmittelbar den Gegenstand des Beweises, sondern unterliegen der Beurteilung im Zusammenhang zwischen Beweisgrund und Beweissatz, z. B. Elementarbegriffe, physikalische, zeitliche, klimatische und natürlich wiederkehrende Verhältnisse, allgemein menschliche Erfahrungen u. s. w. Indessen ist eine allgemeine Verbreitung, da ja auch Vorurteile und Nachbetungen bekanntlich recht weit verbreitete Irrtümer enthalten können, keine unbedingte Gewähr für ihre Wahrheit und es ist die Grenze zwischen den allgemein bekannten und sonst ernstlich nicht bezweifelten Annahmen schwer zu finden; daher kann im einzelnen Fall eine genaue Feststellung von Einzelheiten nötig werden, wenn die Voraussetzungen selbst zweifelhaft sind, unter welchen eine Thatsache deshalb keines Beweises bedarf, weil sie aller Welt bekannt ist; tritt das Bedürfnis ein, Kritik an der Wahrheit einer verbreiteten Annahme zu üben, so ist es Pflicht des Richters, dieser freieren Lauf zu lassen; s. Glaser a. a. O. S. 37.

einem Rechtsverfahren, welches von der freien Thatsachen- und Beweiswürdigung und freien Urteilsbildung des Gerichts beherrscht wird, liegt die Wirkung der „Offenkundigkeit“ auf der Hand; das Gericht braucht, wenn es eigene Kenntnis in seiner Eigenschaft, also nicht auf dem Wege gelegentlicher Erfahrung oder des Privatverkehrs, erlangt hat, weitere Beweise einer ihm bekannt gewordenen Thatsache nicht anzunehmen und darf sie dann auch nicht, der Kosten- und Zeitersparung wegen, erfordern, sondern hat die Parteien darauf aufmerksam zu machen, dafs ihm über die fr. Thatsache Kenntnis beiwohne*).

1. In dem Strafverfahren hat die Offenkundigkeit mehr Bedeutung für die Einleitung eines solchen, als für den Beweis; in betreff des Schuldbeweises sind daran nie Folgen geknüpft worden. Wenn unter den Augen eines Strafgerichts, also in einer öffentlichen Verhandlung, eine strafbare Handlung begangen worden ist, so wäre, die Zuständigkeit des Gerichts dafür vorausgesetzt, dieselbe sofort ohne weitere Verhandlung bewiesen und spruchreif, wie denn in früheren Strafprozefsordnungen auch eine sofortige Aburteilung gestattet war**).

*) Die Offenkundigkeit, soweit sie zweifellos als bestehend gilt, entbindet das Gericht von der Beweisaufnahme, selbst wenn sie von den Parteien beantragt ist; wo technische Kenntnisse vorausgesetzt werden, kann sogar Sachverständigenbeweis erspart werden, wenn solche gerichtskundig sind aus einer Reihe anderer Fälle oder da, wo die Richterpraxis, z. B. in Handelskammern, sie mit sich bringt, s. Endemann a. a. O. II. S. 83.

**) Nach § 185 des deutschen G.-V.-Ges. ist eine in der Sitzung begangene strafbare Handlung durch das Gericht nach ihrem Thatbestand sofort zu Protokoll festzustellen und dieses ist dann der zuständigen Behörde mitzuteilen. Ist nun vor der erkennenden Strafkammer eine solche strafbare That verübt worden und kommt deren Beurteilung wieder vor dieselbe Strafkammer, dann ist sie, bei deren unveränderter Besetzung derselben noch erinnerlich und offenkundig, so dafs es einer Verlesung jenes ersten Protokolles zur Feststellung des Thatbestandes nicht bedürfen wird; bei einer veränderten Besetzung aber wird die letztere nicht zu umgehen sein durch die blofse Mitteilung des Vorsitzenden, dafs die Begehung der strafbaren Handlung, wie sie der Eröffnungsbeschlufs bezeichne, dem Gerichte „offenkundig“ sei. Die österreich. St.-P.-O. § 277 ordnet bei falschen Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung eine solche Feststellung, sonst in § 278 eine sofortige Aburteilung einer incidenten Strafthat.

Es wird zwar in der deutschen und österreichischen St.-P.-O. der „Notorietät“ nicht mehr gedacht, indessen steht nichts entgegen, auf solche in bezug auf einzelne Thatsachen zur Ausschliefsung einer Beweiserhebung Bezug zu nehmen, da das Gericht zu prüfen hat, ob eine solche Bezugnahme zulässig und genügend erscheint, z. B. dafs ein Eisenbahnunfall statt gefunden, ein Naturereignis an dem betr. Tage eingetreten, dafs in einer Nacht Vollmond gewesen u. dgl. In solchen Fällen kann auch im Strafverfahren das Gericht durch Offenkundigkeit einer Beweiserhebung überhoben sein, sofern es nur glaubt, in jener einen Beweisersatz im Fragefall zu finden. Es wird sich nun fragen, ob nicht, wenn dies geschieht, in der Hauptverhandlung wenigstens die offenkundige Thatsache, die in der Urteilsbegründung mit in Betracht gezogen werden soll, auch als solche zur Erwähnung zu bringen sei? Nach dem Grundsatz der Unmittelbarkeit und Konzentration, welcher fordert, dafs Uberzeugungsgründe, welche aufserhalb des Ergebnisses der Hauptverhandlung liegen, nicht herbeizuziehen seien, würde das Gericht seine ihm auf anderem Wege gewordene Kenntnis nicht verwerten dürfen, zumal die Beteiligten gar keine Gelegenheit gehabt haben würden, sich über die Richtigkeit der Offenkundigkeit äufsern zu können, sie zu bestreiten oder anzuerkennen. Deshalb ist es geraten, wenn eine Thatsache als offenkundig in den Urteilssyllogismus aufgenommen werden soll oder könnte, die Beteiligten darüber zu hören und bei ihrem Schweigen oder Nichtbestreiten sich genügen zu lassen; anderenfalls würde die Offenkundigkeit erst festzustellen sein, was leicht umständlicher sein wird, als den Beweis der Thatsache auf dem gewöhnlichen Wege zu führen.

2. Das eigentliche Gebiet der „Offenkundigkeit“ liegt im bürgerlichen Rechtsverfahren und wir betrachten sie hier nur soweit, als sie eben nur im Sinne des § 264 der deutschen Z.-P.-O. ein Beweisersatz, oder genauer, Beweisersparnis ist: „Thatsachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind, bedürfen keines Beweises“. Nach den Motiven ist er-

kennbar, dafs der Verfasser dieser sich an Wetzell's System des ordentlichen Prozesses S. 420 aufs engste angeschlossen hat, der unter „Offenkundigkeit“ im wesentlichen „Gerichtskundigkeit“, gegenüber der Volks- und Ortskundigkeit verstanden hat; dafür spricht allerdings die markierte Fassung, woraus sich ergiebt, dafs es auf eine darüber hinausgehende Offenkundigkeit nicht ankommen kann, sondern dafs im Zusammenhang mit dem freien richterlichen Ermessen dem Richter die Verwendung des bei ihm vorhandenen, auch anderen Personen seines Gerichts zustehenden Wissens unbegrenzt überlassen sein soll. Von praktischer Bedeutung besonders für die Parteien sind mehrere Streitfragen.

a. Es wird behauptet, dafs von der Offenkundigkeit nur dasjenige ausgeschlossen sei, was der Richter als „Privatmann“ erfahren habe, während sonst alle amtlich selbst wahrgenommenen, aus gerichtlichen Akten bekannten Thatsachen, aufser selbstverständlich allgemeinen Natur- und geschichtlichen Begebenheiten, als offenkundige zu betrachten seien*). Darauf, was dem einzelnen Richter, auch nur als solchem, bekannt geworden, kann es nach der Fassung des § 264 nicht ankommen, sondern was „bei dem Gericht offenkundig“ geworden ist; dazu gehört mehr als blos einseitige Kenntnis des erkennenden Richters oder Kollegialgerichts, nämlich die Kunde davon mufs eine für die bei dem Gericht Beteiligten, Beamte wie Rechtsanwälte u. s. w. offene, unter ihnen verbreitete geworden sein, in diesem Kreise mufs die Thatsache allbekannt sein; nicht blos also dem erkennenden Richter

*) S. Langenbeck a. a. O. S. 480 und die das. angeführten Gegner, auch v. Wilmowski u. Levy a. a. O. I. S. 305. Das äufsere Moment der Verallgemeinerung ist überall zu wenig beachtet worden. Ein Amtsrichter z. B., welcher in einen anderen Bezirk versetzt wird, beachtet eine hier bei dem Gericht bestehende Offenkundigkeit nicht und erfordert Beweis, dessen Ergebnis mit jener im Widerspruch steht; letzteres kann nun in der Berufungsinstanz durch Geltendmachung der Offenkundigkeit der bez. Thatsache beseitigt werden, welche mithin als unabhängig von der subjektiven Kenntnis des Vorderrichters zur Geltung kommt als eine „bei dem Gericht“ bestehende, die vermittelt werden kann durch mündliche Bestätigung mehrerer damit Bekannter oder durch Akten und allerlei Aufzeichnungen.

darf die Möglichkeit gegeben sein, die fr. Thatsache als feststehend zu kennen, sondern auch anderen und namentlich den Parteien, welche sich bei den in jenen Kreisen Verkehrenden durch Erkundigung nach dem Bestehen der Offenkundigkeit davon versichern können. Sie sind es, denen letztere zu statten kommt; beruft sich eine derselben darauf und deren Bestehen wird vom Gegner nicht bestritten, so gilt die fr. Thatsache als offenkundig, wie eine zugestandene, laut Disposition des Gegners*); wird ihr Bestehen jedoch bestritten, dann hat der Richter Veranlassung, dasselbe zu prüfen und die Offenkundigkeit seinerseits festzustellen, auch darüber sich auszusprechen, im Fall des Zweifels aber Beweis der Thatsache auf anderen Wegen des Verfahrens zu erfordern; es wird deshalb eine Partei, wenn sie selbst Zweifel gegen das Bestehen der Offenkundigkeit hat, eventuell den Beweis der fr. Thatsache mit gewöhnlichen Beweismitteln anzubieten haben**).

b. Ganz besonders herrscht darüber Streit, ob das Gericht bei Berücksichtigung der Offenkundigkeit an die s. g. Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime gebunden sei und sie nur für die von den Parteien behaupteten Thatsachen, welche sie in Ermangelung einer Notorietät beweisen müfste, in Betracht zu ziehen habe? Es wird allerdings, wie Endemann, Kommentar II. S. 83 anführt, schwerlich zu ver-

*) Anderer Meinung ist Langenbeck a. a. O. S. 493 mit der Bemerkung, dafs auf dasjenige, was für den Richter offenkundig sei, der Parteiwilleeinflufslos sein müsse, während eine mit der Offenkundigkeit im Widerspruch stehende, zugestandene Unwahrheit als nicht mehr streitig für wahr aufgenommen werden müsse.

**) Eine besondere Beweisaufnahme über das Bestehen der Offenkundigkeit ohne Beweisantretung hierzu ist nach § 255 Z.-P.-O. unzulässig, s. Langenbeck a. a. O. S. 484. Der Richter mag sich selbst über die Offenkundigkeit in seinem Gericht befragen oder sonst aus Urkunden darüber unterrichten, wenn sie behauptet wird. Gegen einen Augenschein von Amtswegen zu diesem Zweck aus § 135 Z.-P.-O. spricht sich Langenbeck a. a. O. S. 485 ff. aus, weil er in dieser Vorschrift eine Bezugnahme auf richterliche Feststellung von Thatsachen nicht zu erkennen vermöge. Ein Erbieten zum Beweise der Offenkundigkeit ist kaum abzulehnen.

meiden sein, dafs das Gericht notorische Thatsachen, die ihm erheblich erscheinen, auch ohne Parteiantrag in die Verhandlung hereinzuziehen suche und bei der Entscheidung berücksichtige, z. B. in bei ihm ergangenen Untersuchungen festgestellte Thatsachen, da er seiner Überzeugung durch Unterdrücken seiner besseren Kenntnis Zwang anthun müfste; allein abgesehen davon, dafs letzteres im Zivilprozefs ja oft genug als Folge des ihn beherrschenden Grundsatzes und der positiven Beweisregeln nicht zu beseitigen ist, so mufs man doch daran festhalten, dafs der Richter sein Urteil nur auf solche Thatsachen stützen darf, welche von den Parteien in der mündlichen Verhandlung behauptet worden sind*). Dagegen darf das Gericht, wie schon bemerkt, zu den behaupteten Thatsachen auch ohne Bezugnahme der behauptenden Partei eine ihm bekannte Offenkundigkeit verwerten und damit auf Grund des § 264 Z.-P.-O. einen anderweit angebotenen Beweis ablehnen, sowie auch einen Gegenbeweis, auch im Urkundenprozefs (R.-G. im Urt. v. 3./VI. 1882); im Urteil hat das Gericht seine Gründe dafür anzugeben, ohne dafs es aber eines näheren Nachweises dafür bedürfe (R.-G. im Urt. v. 14./I. 1881).

c. Die Kommentare zu § 264 Z.-P.-O. sprechen sich fast übereinstimmend dahin aus, dafs ein Erkenntnis aus dem Grunde angefochten werden kann, weil es eine bestrittene Thatsache als bei dem Gericht offenkundig bezeichnet oder weil es das Gegenteil ausspricht**). Der Instanzrichter kann die Versicherung des Vorderrichters von dem Bestehen der Offenkundigkeit zwar als Beweisgrund für seine Überzeugung annehmen, wie überhaupt die Thatsache, dafs etwas

*) Langenbeck a. a. O. S. 492, v. Wilmowki u. Levy a. a. O. S. 396. Gaupp, Komment. I. S. 106 Dafs aber Offenkundigkeit einer auch nicht behaupteten, jedoch einschlagenden Thatsache bei Gericht bestehe, darf der Vorsitzende vermöge seines Prozefsleitungsamtes sicher den Parteien kund geben, welche dies dann für sich verwerten mögen; nur soll er nicht von Amtswegen öffentliche Akten, woraus sich die Offenkundigkeit ergiebt, ohne Antrag heranziehen.

**) S. Langenbeck a. a. O. S. 494—496.

anderen notorisch gewesen ist, als Überzeugungsgrund wirken kann, ohne dafs daran das Obergericht formell gebunden ist. „Entscheidend ist, dafs die Thatsachen dem jedesmal erkennenden Gerichte offenkundig sind. Der Richter höherer Instanzen, welcher gleichfalls Recht und Pflicht der Thatsachenprüfung mit Rücksicht auf seine Wissenschaft und Überzeugung hat, hat nach dieser für sich die Gerichtskundigkeit zu bestimmen. Er kann daher andere Thatsachen, welche dem Richter unterer Instanz nicht notorisch waren, als gerichtskundig annehmen und umgekehrt für die diesem notorischen Thatsachen-Beweis verlangen“ *).

Aus dem Vorstehenden wird sich ungefähr ergeben, welchen Punkten die Parteiredner in ihren Beweisausführungen ihre besondere Aufmerksamkeit bei einer Bezugnahme auf „Offenkundigkeit“ zuzuwenden haben.

H. Beweisführung mit empirischen Beweisgründen.

§ 46.

1. Augenscheinsergebnisse.

Für die Kritik der Beweisergebnisse zum Zwecke der Beweisführung behufs Begründung der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit der Thatsachenbehauptungen sind im Hinblick auf den Beweiswert, welchen die gerichtliche Redekunst zu veranschlagen und darzustellen hat, die Augen-

*) v. Wilmowski u. Levy a. a. O. zu § 264. Die Behauptung des Bestehens der Offenkundigkeit wird oftmals schnell und leicht hingeworfen, ist aber auch ebenso leicht zu bestreiten; es fragt sich daher meistens um den Begriff, der leicht zu weit ausgedehnt wird auf solche gerichtliche Bekundungen, die nur einem der Gerichtsbeamten bekannt geworden sind, z. B. dem Vormundschafts- oder Nachlafs-, dem Strafrichter, dem oder jenem Beamten des Handels- und Hypothekenwesens. Hier hat der sich darauf Beziehende den Beweis durch Urkunden oder Zeugen anzutreten, kann aber nicht mit der „Offenkundigkeit“ sich über den Beweis weghelfen. Würde der Richter hier von Amtswegen diese, auch auf eine gefundene Bestätigung hin, feststellen, so würde er leicht die Grundsätze des Zivilprozesses, auch den des beiderseitigen rechtlichen Gehörs, verletzen.

scheinsergebnisse die wichtigsten und an erster Stelle zu behandelnden.

Die Augenscheinseinnahme oder Besichtigung bezweckt im wesentlichen eine Feststellung von Thatumständen als sinnlich wahrnehmbare Dauerwirkungen historischer Ursachen, welche für den Rechtsfall als rechtserhebliche erscheinen*). Es ist Aufgabe des s. g. historischen oder empirischen Beweises, die nicht mehr mögliche sinnliche Wahrnehmung der letzteren, als in der Vergangenheit liegenden Thatumständen, durch Rekonstruktion des Thatbildes in der Vorstellung des Richters, besonders aus den verbliebenen Nachwirkungen an Sachen oder auf Personen (Verletzte), zu ersetzen. In den meisten Fällen wird daher durch jene Feststellung nicht die Bestätigung der rechtserheblichen Thatsache unmittelbar erreicht, sondern nur die einer ihr nachfolgenden oder neben jener hergehenden thatsächlichen Erscheinung, aus welcher ein mehr oder weniger sicherer Schlufs auf das Bestehen der für den Streitfall entscheidenden Thatsache gezogen werden kann oder mufs; also mittelbar erst dient der Augenschein der Beurteilung zum Schlufs zumeist von der Wirkung auf die Ursache oder von der Begleiterscheinung auf ihre Neben- oder Hauptthatsache — unter Zuhilfenahme der Erfahrung aus dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge, welche für die Zulässigkeit einer Schlufsfolgerung den Mafsstab bietet. Es gilt also die beabsichtigte**) und daher auch eine durch planmäfsige

*) Gegenstand des Augenscheins ist alles sinnlich, d. h. durch einen der fünf Sinne, Wahrnehmbare, bewegliche wie unbewegliche Sachen, Personen (mit Einschränkungen besonders im Zivilprozefs), namentlich sachliche Beweismittel, Gegenstände, welche später diese Eigenschaft haben und nicht mehr geprüft werden könnten, wobei eine etwaige Irreführung zu befürchten wäre oder eine Vernichtung oder Veränderung; immer aber sind daran Wirkungen und Folgen vorausgehender Ursachen oder Gründe bemerkbar. Auch zur Feststellung der Identität und selbst negativer Verhältnisse dient der Augenschein, z. B. der örtlichen Unmöglichkeiten, Unwahrscheinlichkeiten u. s. w.

**) Alle zufälligen Wahrnehmungen von rechtsverletzenden Handlungen durch das Gericht, z. B. in Gerichtsverhandlungen, liegen aufserhalb des Begriffs der „Augenscheinseinnahme, Besichtigung“,

Beobachtung gesicherte Gewähr für die möglichst richtige und vollständige Erkenntnis des Bestehens von Thatumständen der Gegenwart, deren Bestehen eine sichere Prämisse für den Schlufs auf den in Frage kommenden rechtsverletzenden Vorgang in der Vergangenheit, meist als Ursache, bildet, bietende Feststellung. In den meisten Fällen dient daher der Augenschein in der Beweisführung zum logischen und insbesondere Indizien-Beweis, in seltenen Fällen vermag er eine schon nähere Bestätigung der rechtserheblichen und entscheidenden Thatsache zu liefern, z. B. bei Eigentumsverletzungen den Dauerzustand, wie bei einer eingestürzten oder dem Einsturz nahen Mauer, Überschwemmung u. s. w.*)

welche eine beabsichtigte, vorbereitete und daher planmäfsige Beobachtung aller erheblich erscheinenden Umstände ist, während jene nur eine unmittelbare, aber unvorbereitete Anschauung eines Vorganges enthält, wie alle Zeugnisse, welche nicht beabsichtigt waren. Die beabsichtigten Zeugnisse, z. B. von Beamten oder auch anderen Personen, zumal mit geschärfter Beobachtungs- und Beurteilungsfähigkeit, sind auch Augenscheinseinnahmen bei zu erwartenden Rechtsverletzungen zum Zweck des Zeugnisses. Hier haben wir es nur mit dem richterlichen Augenschein zu thun, welcher nachfolgend Beweis vermitteln soll für in der Vergangenheit liegende Ursachen von Rechtsverletzungen, die bestritten sind.

*) Dies scheint in der Beweislehre zu wenig berücksichtigt zu werden und doch bietet die Praxis fast kaum andere Fälle, als solche, wie sie hier inbegriffen sind; fast aller Augenschein in Strafrechtsfällen dreht sich um die Feststellung von Thatwirkungen zur Ermittelung der Ursachen und des Kausalzusammenhangs, die Besichtigung der corpora delicti i. w. S., Gegenstände des Angriffs oder Mittel eines solchen, der Örtlichkeiten, der Thaterfolge u. s. w., und in Zivilsachen ist es nicht anders, da es hier überall darauf ankommt, aus noch vorhandenen Dauerzuständen deren Bestehen in der Vergangenheit zu einer bestimmten Zeit, oder deren Ursachen oder Bedingungs- oder Koexistenzverhältnis darzuthun. Überall handelt es sich um Rückschlüsse aus gegenwärtig festzustellenden Thatumständen auf rechtsverbindlich machende, in der Vergangenheit liegende Ursachen. Der Augenschein ist daher sicher Beweismittel, seine Ergebnisse Beweisgrund für die Annahme des Bestehens einer naturnotwendigen oder erfahrungsmäfsigen Ursache der Wirkung oder eines wahrscheinlichen Grundes des Erfolges, aus welchen zurückzuschliefsen ist; selbst der Augenschein zur künftigen Beweissicherung stellt die Thatsachen fest, aus denen später der betreffende Schlufs gezogen werden soll.

1. Die Ergebnisse eines Augenscheins haben nur unter der Voraussetzung der Beweisfähigkeit der Augenscheins-

Dies führt uns auf die Lösung der Streitfrage, ob der Augenschein Beweismittel und sein Ergebnis Beweisgrund sei? Der Streit ist schon alt und beruht zum Teil auf der Verwechselung zwischen dem ihn vornehmenden und dem nur seine Ergebnisse benutzenden Richter, welche andererseits wieder zur Überschätzung der Beweismitteleigenschaft führte, z. B. Stübel, Thatbestand des Verbrechens §§ 311, 312, 315—317. Es wird auch heute von der Theorie, welche entweder behauptet, es werde mit dem Augenschein nicht sowohl bewiesen als vielmehr der Beweis überflüssig gemacht oder auf ein geringeres Gebiet eingeschränkt (Planck, Gerichtsverf. §§ 116, 117, II. § 148 ff.), oder er liege vor aller Beweisaufnahme, welche nur ein Surrogat desselben sei (Heusler a. a. O. S. 238), übersehen, dafs es ein Beweissatz ist, dessen Bestätigung von den Parteien als Beweisführern oder selbst von dem Gericht begehrt wird durch Vermittelung ihrer und des Gerichts eigenen sinnlichen Wahrnehmung, dafs aber auch, wenn das erkennende Gericht selbst und unter Zuziehung der Parteien den Augenschein einnimmt, es nicht mit der blofsen Anschauung eines vorgeführten Zu- oder Umstandes abgethan ist, sondern eine ausdrückliche, aus einer Zusammenhangsbeschreibung bestehende, Feststellung dessen, was von den Parteien und dem Gericht wahrgenommen worden ist, vor diesen und bei Kollegialgerichten auch unter mehreren Gerichtsmitgliedern, mit dem Gerichtsschreiber zu erfolgen hat, jedenfalls auch zu Gerichtsprotokoll, mindestens durch den Gerichtsvorsitzenden, namentlich auch, wenn Sachverständige zugezogen waren, auch wenn etwa eine abweichende Auffassung der Wahrnehmung unter den Beteiligten zutage trete. Der Akt der Augenscheinseinnahme ist so gut wie die Vernehmung von Zeugen eine Beweisaufnahme, deren Ergebnisse nach ihrem natürlichen wie inneren Zusammenhang geordnet, beschrieben und nach Übereinstimmung der Beobachter als Beweisgründe festgestellt werden: hier wie dort fragt es sich endlich, ob die bez. Thatsachenbehauptung durch das Ergebnis, den Sachbefund bei der Besichtigung, bez. durch das Wahrgenommene bei Zeugenabhörung, bestätigt wird oder nicht. Das Gericht ist hier selbst absichtlicher Beobachter und bekundet in dem Protokoll, und als Erkenntnisgericht im Thatbestand und in Gründen seines Urteils seine unmittelbaren oder mittelbaren Wahrnehmungen und in wie fern diese bestimmend für die Annahme des Bestehens der bez. Thatsache gewesen seien. Hat das erkennende Gericht, wie in den meisten Fällen der Praxis vor Kollegialgerichten, den Augenschein nicht selbst eingenommen, sondern erhält es davon mittelbar durch das Augenscheinsprotokoll als Urkunde oder ausnahmsweise durch eine oder beide Gerichtspersonen, welche den Augenschein eingenommen, als Zeugen der eigenen Wahrnehmungen, von dieser Kunde, so ist dies eine um so mehr vermittelte und der Augenschein ist eben zum Zweck der letzteren aufgenommen und erst durch Vermittelung der Beurkundung oder der Aussage wird sein Ergebnis dem urteilenden Richter als Beweisgrund für die Annahme des Bestehens der Thatsache zugeführt.

einnahme als eines förmlichen Gerichtsaktes zum Zweck der Wahrheitsfeststellung einen Beweiswert. Sachführer mögen unter Zuziehung ihrer Auftraggeber und von Sachverständigen zu ihrer „Information“ Besichtigungen vornehmen, ein Einzelrichter oder ein Kollegialmitglied kann zur besseren Anschauung einer Sache sich selbst durch Augenscheinseinnahme unterrichten, so ist doch durch solche Privatakte zur Information nur ein beweisvorbereitender Schritt gethan, von dessen Ergebnissen jedoch, sofern sie nicht amtlich festgestellt worden, kein Gebrauch für die Beweisbeurteilung gemacht werden darf. Nur der richteramtlich und gesetzlich vorgenommene Augenschein, also der in einem Termin eingenommene, zu dessen Abwartung den Parteien Gelegenheit gegeben worden sein mufs, um ihrerseits bei der Feststellung des Befundes in amtlicher Form mitwirken zu können, ist ein empirisches Beweismittel mit Beweisfähigkeit und so ist es auch, trotz allen doktrinären Bekrittelns, in den Gesetzen des neueren Prozesses angesehen worden*).

*) Es klingt eigentümlich, wenn Endemann, Komment. II. S. 199 in der Vorbemerkung zum „Beweis durch Augenschein“ in Tit. VI. des Abschn. 1 des II. Buches der Z.-P.-O. bemerkt: „Soviel steht unbestreitbar fest, dafs der Augenschein, obwohl er hier in der Reihe der Beweismittel aufgeführt wird, kein Beweismittel ist“; freilich verlangte die Konsequenz der Endemann'schen Beweislehre und des in § 185 seines Zivilprozefsrechts Vorgetragenen eine derartige Absprechung der Beweismitteleigenschaft. Der dem erkennenden Gericht nur durch ein Gerichtsprotokoll gebotene Augenschein wird mittelbar durch das Gehör beim Verlesen oder durch das Gesicht bei der Einsichtnahme, wie bei jeder Urkunde, der Vorstellung zugänglich gemacht; diese aber ist genötigt, aus der mehr oder weniger geordneten und anschaulichen Beschreibung der einzelnen Merkmale und deren Zusammenhang sich dasjenige Bild zu verschaffen, welches dem die Wahrnehmungen an Ort und Stelle machenden Gericht sich vor seinen Sinnen darbot. Bei der unmittelbaren Augenscheinseinnahme ist die blofse Anschauung der Gegenstände keineswegs schon der Augenschein im technischen Sinne, wenn nicht die Wahrnehmung durch die Sinne gerade in einer planmäfsigen und durchdachten Richtung und Ausdehnung geschieht; es ist also die geistige Ordnung der einzelnen Ergebnisse von Wahrnehmungen zu einem Zusammenhangsbilde, welche das Gericht mit oder ohne Parteimithilfe schafft in der thatsächlichen, auch oft mit Beurteilung verbundenen Feststellung der Ergebnisse. Diese objektiv

a. Im bürgerlichen Rechtsverfahren Deutschlands wird nach §§ 336 und 337 Z.-P.-O. der „Beweis durch Augenschein" angetreten durch Bezeichnung des Gegenstandes desselben und durch Angabe der zu beweisenden Thatsachen; auch das Gericht „kann" nach § 135 die Einnahme des Augenscheins von Amtswegen, sowie auch die Zuziehung von Sachverständigen und Begutachtung durch solche anordnen, wobei das Verfahren dasselbe ist, wie bei der von einer Partei beantragten Augenscheinseinnahme.

Jedenfalls wird die Augenscheinseinnahme, wenn das Gericht sie, auf Anregung oder ohne solche für geboten erachtet, als Teil der Beweisaufnahme (auch „zur Sicherung des Beweises") durch Beweisbeschlufs angeordnet, worin ein Mitglied des Prozefsgerichts damit beauftragt oder einem anderen Gericht, unter Überlassung der Beiziehung von Sachverständigen, die Einnahme des Augenscheins übertragen wird.

Diese aber erfolgt stets in einem Termin nach § 196

zu bewirken vermag nur das Gericht als unparteiischer Dritter zwischen und über den Parteien; die Gewähr für die sachlich richtige Auffassung des Wahrgenommenen liegt teils in der Verpflichtung des Gerichts zur Wahrheitserkenntnis, teils in der Übereinstimmung mehrerer Wahrnehmungen, wenigstens eines Richters und eines Gerichtsschreibers, womöglich auch der der Parteien. Diese Feststellung des Wahrgenommenen zu Protokoll, um ihm die beweisende Kraft auch formell zu sichern, ist das Wesentliche des gerichtlichen Augenscheins, welcher nur aus den Sinneswahrnehmungen als Vorstellungsquelle schöpft und die Merkmale zu einem Urteile unter relative Grundbestimmungen zusammenstellt — mittels Erkennens, Durchdenkens und Beurteilen ein Anschauungsbild ordnet. Das Gericht bestätigt also oder vereint durch seine Feststellung bei der Augenscheinseinnahme die thatsächlichen Merkmale, welche die Parteien behauptet haben, oder welche es selbst als erhebliche erkennt — das ist aber nichts anderes als den Beweis herbeischaffen und somit ist der Augenschein Beweismittel, beschafft durch das Gericht, seine Ergebnisse Beweisgründe! Das Augenscheinsprotokoll ist formell öffentliche Urkunde, sein Inhalt aber bleibt Augenschein als Beweismittel, welches aber erst durch mittelbares Erkennen ein Vorstellungsbild nach der Beschreibung der ersten Wahrnehmenden bei dem Beurteiler erzeugt und ihn formell zur Wahrheitsannahme des Beschriebenen hinführt. Wetzell und Endemann sind fast alle Kommentatoren nachgefolgt — vielleicht mit Unrecht!

Z.-P.O., wozu die Parteien zu laden sind; unter ihrer Mitwirkung erfolgt die Besichtigung durch das Gericht, welches hier, da auch von Amtswegen der Augenschein angeordnet werden kann, zur Ermittelung der materiellen Wahrheit innerhalb der Parteibehauptungen das Möglichste thun, auch wenn eine oder beide Parteien nicht erschienen wären, so weit den Beweis erheben darf, als es nach Lage der Sache geschehen kann; selbst bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, kann eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung einer solchen unter bestimmten Voraussetzungen, jedenfalls noch eine Augenscheinseinnahme von Amtswegen, oder auf Parteianregung, angeordnet werden nach § 332 Z.-P.-O. Eine erzwingbare Verpflichtung einer Partei zur Vorzeigung des zu besichtigenden Gegenstandes giebt es nicht, sondern das Gericht hat die Folgen ihrer Unterlassung nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu beurteilen.

Das Ergebnis des Augenscheins ist nach § 146 Ziff. 4 Z.-P.-O. durch Aufnahme in das Terminsprotokoll „festzustellen“ und hierin liegt der ganze Schwerpunkt für die Beweisführung seitens der Parteien; sie haben nach § 148 Z.-P.-O. auf Vorlesen oder Vorlegen des Protokolles die darin bekundete Feststellung der Augenscheinsergebnisse zu genehmigen oder ihre Einwendungen dagegen anzugeben. Richter, Gerichtsschreiber und die Parteien wirken sonach bei dieser Feststellung der Augenscheinsergebnisse zusammen mit und hierin liegt die gröſste Gewähr für die Beweistüchtigkeit dieses Beweismittels der unmittelbaren Wahrnehmung durch die Sinne, bekundet und festgestellt durch genehmigtes und Gerichtswegen ausgefertigtes Protokoll — die untrüglichste der öffentlichen Urkunden, wodurch auch die Beachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten bewiesen wird — sonst den Beweis der Fälschung gegen den diese letzteren betreffenden Inhalt des Protokolles vorbehalten (§ 150 Z.-P.-O.).

Dieser bestimmten Formvorschrift über die Feststellung des Augenscheinsergebnisses gegenüber ist deren Einhaltung

formelle Voraussetzung der Beweisfähigkeit des Augenscheins und erst bei deren Vorhandensein kann weiter auf den Beweiswert der Ergebnisse einer Augenscheinseinnahme prüfend eingegangen werden. Das Protokoll ist demnach das einzig zuverlässige und regelmäfsige Erkenntnismittel für das urteilende Gericht, wenn die Augenscheinseinnahme nicht vor ihm erfolgte, weshalb ein willkürlicher Ersatz durch Vernehmung derer, welche der Einnahme beiwohnten, regelmäfsig ausgeschlossen sein mufs und nur ausnahmsweise zur Erläuterung oder Ergänzung des Protokolles, aber nebenher, eine Zeugenvernehmung der Beteiligten über den Befund stattfinden darf, wovon weiter unten noch ausführlicher zu reden sein wird. Ist die Augenscheinseinnahme vor dem Erkenntnisgericht erfolgt, so ist die eigene Anschauung zunächst Erkenntnisquelle, aber im Falle der Unsicherheit der Auffassung mufs doch auch hier die in das Sitzungsprotokoll aufgenommene Feststellung des Ergebnisses für die Beweisführung und Beurteilung mafsgebend sein, weil das Gesetz diese für alle Fälle vorgeschrieben hat, auch für die Berufungsinstanz. Die formelle Beurkundung in erster Instanz hindert aber die letztere nicht, nochmals eine anderweite Augenscheinseinnahme auf Antrag oder von Amtswegen anzuordnen und dann aus der Vergleichung der Ergebnisse jener und dieser sich ein Urteil nach freier Beweiswürdigung zu bilden — in der That ein ergiebiges Feld für die Beweisausführungen als Folge der Möglichkeit voller Reproduktion in der Berufungsinstanz*).

Bei der Beweisausführung haben die Parteiredner aus dem Augenscheinsprotokoll dasjenige als durch empirischen Beweis in der Potenz festgestellt vorzutragen, woran sie in

*) Übrigens steht in erster Instanz nichts entgegen, wenn dem Prozefsgericht die Augenscheinseinnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter nicht genügen sollte, vor sich selbst eine anderweite vor Schlufs der Verhandlung anzuordnen, oder zu diesem Zweck das Verfahren vor der Urteilsfällung nochmals zu eröffnen. Als Litteratur sei noch angeführt: Weveld, zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Zivilprozefs, München, 1877. Busch's Zeitschr. V. S. 320 ff. Kritische Vierteljahrsschr. XIII. S. 474 u. XIV. S. 335 ff.

ihrem Parteiinteresse ihre Schlufsfolgerungen zum Beweise der in der Vergangenheit liegenden rechtserheblichen und entscheidenden Thatsachen zu knüpfen haben. An die Unmittelbarkeit und die Glaubwürdigkeit des Augenscheins als richteramtlichen Prozefsaktes in gesetzlicher Form knüpft sich die Beweisfähigkeit dieses Beweismittels und an die Richtigkeit der sich daran schliefsenden Schlüsse die Beweisfähigkeit des nachfolgenden logischen Beweises.

b. Im Strafverfahren kommt der Augenschein nur hier insoweit in Betracht, als er in der Hauptverhandlung reproduziert wird, regelmäfsig durch Verlesung des Protokolles über die gerichtliche Einnahme desselben oder ausnahmsweise eventuell durch Vernehmung der Gerichtspersonen als Urheber und Zeugen der Feststellung des Befundes und deren Ubereinstimmung mit den Augenscheinsergebnissen*), woran allein die Parteiredner als in der Verhandlung Vorgetragenes zur Ziehung ihrer Schlufsfolgerungen anknüpfen können. Es sind in der deutschen wie in der österreichischen Strafprozefsordnung bestimmte formelle Vorschriften für die Augenscheinseinnahme gegeben, welche die Beweisfähigkeit des Augenscheins als Beweismittels bedingen.

Die Möglichkeit, in die Hauptverhandlung eine Augenscheinseinnahme — abgesehen von der an Beweisstücken täglich vorzunehmenden — einzuschieben, ist in beiden Gesetzen gegeben und es gelten hier auch die Vorschriften über Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung überhaupt; das ganze Gericht kann unter Aussetzung der Verhandlung Besichtigungen vornehmen, wenn es nicht in der Sitzung selbst

*) Der Besichtigung zu strafprozessualen Zwecken seitens der Staatsanwaltschaft oder Polizeibeamten oder sonst vom Richter beauftragten Beamten kann nicht die Bedeutung eines Aktes der Beweisaufnahme beigelegt werden, sondern nur die einer Information zur Beweisermittelung oder zum Zweck einer späteren Vernehmung jener Beamten als Zeugen bez. Sachverständigen, daher dürfen auch deren Niederschriften über einen Befund nicht in der Hauptverhandlung verlesen werden.

geschehen kann*). In der deutschen Strafprozeſsordnung fehlt zwar eine ausdrückliche Bestimmung darüber, allein diese Möglichkeit ergiebt sich aus der Befugnis des Gerichts, nach freiem Ermessen die Beweiserhebung auszudehnen und zu gestatten, die Hauptverhandlung zu unterbrechen oder an einem anderen Orte fortzuführen, und aus der Verpflichtung, die unmittelbarsten Erkenntnisquellen zur Wahrheitsfeststellung zu erschöpfen**). In diesem Falle wird jedenfalls eine Feststellung des sinnlich Wahrgenommenen in Gegenwart der Beteiligten zu erfolgen haben, um daraus alsdann diesen die Möglichkeit zu schaffen, die Schluſsfolgerungen aus bestimmten (nicht nur einseitigen) Wahrnehmungen ziehen zu können; die sonstigen Formvorschriften für die gerichtliche Augenscheinseinnahme werden hier ebenso anzuwenden sein und daher wird die „Feststellung" auch dieses auſsergewöhnlichen „Vorganges" in dem Protokolle der Hauptverhandlung nach § 273 der deutschen St.-P.-O., und auch nach § 271 der österreichischen, wenigstens auf Verlangen der Parteien, zu geschehen haben, welches dann sofort insoweit zu verlesen ist. Werden gegen das Protokoll oder auch gegen die Feststellung der Ergebnisse einer Besichtigung von Beweisstücken der Hauptverhandlung ohne protokollarische Beurkundung durch den Vorsitzenden allein Einwendungen erhoben,

*) In der österreich. St.-P.-O. § 254 ist dies ausdrücklich nachgelassen, sowie daſs auch zur Augenscheinseinnahme ein Mitglied des Gerichts abgeordnet werden darf, welches darüber Bericht zu erstatten hat, wobei dann in diesem erst die Feststellung des Bestandes erfolgen wird, da hier von einer Teilnahme der Parteien an der Besichtigung so wenig die Rede ist, als von einer Zuziehung eines Gerichtsschreibers und einer protokollarischen Feststellung. Mithin ist das Gerichtsmitglied nur ein abgeordneter Zeuge, der auf seine Amtspflicht sich informiert und aussagt.

**) Geyer, Lehrbuch a. a. O. S. 486. Wäre vielleicht ein Bedenken hiergegen, so könnte, wenn das Bedürfnis nach einer Besichtigung in der Hauptverhandlung hervorträte, diese vertagt und von dem Vorsitzenden nach § 224 St.-P.-O. die Einnahme eines richterlichen Augenscheins unter Benachrichtigung der Beteiligten durch beauftragten oder ersuchten Richter mit Feststellung der Ergebnisse zu Protokoll in aller Form angeordnet werden, als Akt noch mangelnder Vorbereitung der Hauptverhandlung.

so kann darauf hin auch eine Abweichung in der Beweisausführung der einwendenden Partei stattfinden und der freien Beweiswürdigung des Gerichts unterliegen; sonst aber würde die von den Parteien genehmigte Feststellung des Befundes die unabweichliche Grundlage für die Verwertung der Augenscheinsergebnisse bilden, wie unter a. bezüglich des Zivilprozefses ausgeführt worden ist. So viel ergiebt sich jedoch aus der deutschen und österreichischen Strafprozefsordnung, dafs eine Augenscheinseinnahme mit Unterbrechung der Hauptverhandlung durch Hinwegbegeben des Gerichts und der Parteien aus dem Gerichtslokal als eine seltene Ausnahme angesehen worden sein mag und die Gesetzgebung von einem regelmäfsigen Ersatz der unmittelbaren Wahrnehmung des Erkenntnisgerichts durch Vorlesung des über einen gerichtlichen Augenschein von einem Einzelrichter mit dem Gerichtsschreiber unter Zulassung bez. Mitwirkung der Prozefsbeteiligten (unter „Parteienöffentlichkeit“) aufgenommenen Protokolles als der praktischen Notwendig- oder Zweckmäfsigkeit entsprechend, ohne der Forderung der möglichsten Unmittelbarkeit der Wahrnehmungen Eintrag zu thun, gefunden hat. Darin stimmt die Doktrin überein, dafs eine praktische Notwendigkeit hier eine nicht allzu fühlbare Ausnahme geboten habe. Besonders weniger fühlbar ist diese nach der deutschen St.-P.-O. §§ 160, 163, 164, 166, 167, 191, 193, 222 bis 224, wonach die Augenscheinseinnahme, ohne dafs Fälle bestimmt wären, wo sie stattzufinden habe, wie auch in §§ 116 ff. der österreichischen St.-P.-O. („so oft dies zur Aufklärung eines für die Untersuchung erheblichen Umstandes notwendig erscheint“ *), in demselben Verfahren so

*) Nach § 90 das. sollen von einem Verbrechen oder Vergehen zurückgebliebene Spuren insbesondere auch durch Augenschein erhoben werden. Unrichtig ist die Behauptung, dafs für „Sachen“ das Prinzip der Unmittelbarkeit im heutigen Prozefs nicht gelte; s. v. Kries a. a. O. S. 194 ff. Soweit es praktisch möglich ist, werden Sachen, auf welche eine rechtserhebliche Wirkung ausgeübt worden, zur Besichtigung in die Verhandlungen gebracht; §§ 218, 244 St.-P.-O.

oft stattfinden kann, als es zweckmäfsig befunden wird, und zwar zu der passendsten Zeit, dafs der Zweck der Untersuchung nicht durch Verzögerungen gefährdet werde. Schon im Vorermittelungsverfahren kann und mufs auf Antrag der Staatsanwaltschaft richterlicher Augenschein von dem Amtsgericht (Amtsrichter und Protokollführer), auf Verlangen auch in Gegenwart des Staatsanwalts, sofern nach den Umständen des Falles es gesetzlich zulässig erscheint (§ 160 St.-P.-O.), eingenommen werden. Die weiteren Augenscheinseinnahmen durch den Untersuchungsrichter und in dem Prozefsabschnitt zur Vorbereitung der Hauptverhandlung durch beauftragten oder ersuchten Richter haben weniger zum Zweck eine Vorbereitung der Beweisaufnahme als vielmehr, den Beweis zum Ersatz der nicht gut ausführbaren unmittelbaren Vorführung vor dem Erkenntnisgericht selbst unmittelbar aufzunehmen und dessen Ergebnisse festzustellen, so dafs sie in der Hauptverhandlung als bereits feststehende durch Verlesung des Augenscheinsprotokolles nur zur Kenntnis und Beurteilung mit den übrigen Beweisergebnissen zusammen gebracht zu werden brauchen, um eine Lücke in der unmittelbaren Beweisvorführung und Anschauung im Vorstellungsbilde der Richter auszufüllen, was die Parteien nicht brauchen, wenn sie von der Befugnis, der Augenscheinseinnahme beizuwohnen, Gebrauch gemacht haben. Ihnen ist also vom Gesetz die unmittelbare Anschauung wenigstens möglich gemacht und für das Gericht ist der dargebotene Ersatz durch die Strenge der für die Form der Augenscheinseinnahme gegebenen Gesetzesvorschriften und durch das Recht der Parteienmitwirkung bei der Besichtigung und Feststellung ihrer Ergebnisse nach Möglichkeit prozessualisch genügend gewährt und versichert, und zwar gehen hier die Formvorschriften noch über die sonst gleichen der deutschen Zivilprozefsordnung hinaus; weil eben deren Wahrung die Beweisfähigkeit eines in der Hauptverhandlung zu verwendenden Beweismittels bedingt, haben die Beweisführer an

erster Stelle ihre Kritik darauf zu richten*). Diese Vorschriften sind folgende:

α) Der Richter mufs einen Gerichtsschreiber, in dringenden Fällen an dessen Stelle eine von ihm zu diesem Zweck zu beeidigende Person, als Urkundsperson zur Augenscheinseinnahme und Feststellung ihrer Ergebnisse in einem darüber aufzunehmenden Protokoll zuziehen, welcher sich an der Besichtigung ebenso zu beteiligen hat, wie der Richter, weil das von ihm aufzunehmende Protokoll dafür Beweis liefern soll, dafs von dem Richter und ihm, übereinstimmend oder in irgend welcher Beziehung abweichend, die darin verzeichneten Wahrnehmungen gemacht worden sind, und er mithin für die Richtigkeit des Protokolles, d. i. die Übereinstimmung des Inhaltes mit den festgestellten Besichtigungsergebnissen, ebenso verantwortlich ist, wie der Richter, welcher diese mit ihm festzustellen hat (unter Mitwirkung der Parteien) wie auch die Protokollierung leitet und durch Mitunterzeichnung des Protokolles so gut genehmigt wie mitunterzeichnende Beteiligte.

β) Dem Ankläger und dem Beschuldigten sowie dessen Verteidigung mufs, soweit dies ohne Aufenthalt für die Sache geschehen kann, durch Benachrichtigung von dem Termine zur Augenscheinseinnahme Gelegenheit gegeben worden sein, der Augenscheinseinnahme und der Feststelllung ihrer Ergebnisse durch protokollarische Aufzeichnung beiwohnen zu können und von der s. g. Parteiöffentlichkeit Gebrauch zu

*) Die formelle Seite des Augenscheins kann z. B. in Österreich einer Anfechtung unterliegen, wenn der Augenschein von dem Richter (im Notfalle von der Sicherheitsbehörde) nicht in Gegenwart zweier Gerichtszeugen, wie § 116 St.-P.-O. erfordert, eingenommen wurde. Die Vorschrift dagegen, dafs der Beschuldigte zuzuziehen sei, wenn sich dies wegen Anerkennung der zu untersuchenden Gegenstände oder zur Erlangung von Aufklärungen als zweckdienlich darstelle, so wie die Benachrichtigung des Verteidigers von der Vornahme des Augenscheins, ist rein instruktionell und fakultativ. Nach dem Urteil des deutschen Reichsgerichts, Strafsen. II. v. 9./III. 1880 ist die Vorlesung eines Protokolles über eine Augenscheineseinnahme in der Hauptverhandlung unzulässig, wenn das dabei beobachtete Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet.

machen (auf die Verlegung des Termins wegen Verhinderung haben die zur Anwesenheit Berechtigten keinen Anspruch). — § 191 bis 193 der deutschen St.-P.-P. — Das deutsche Gesetz spricht zwar nur von einer Gestattung der „Anwesenheit bei der Verhandlung" in der Voruntersuchung, allein in § 223 St.-P.-O. ist bei der Augenscheinseinnahme durch beauftragten oder ersuchten Richter im Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung geordnet, dafs das aufgenommene Protokoll der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger (welche, wie auch der Angeklagte, hier von dem Termin vorher zu benachrichtigen waren, soweit dies nicht wegen Gefahr im Verzug unthunlich war, deren Anwesenheit es indessen nicht bedarf), vorgelegt werde, doch wohl im letzteren Falle der Nichtanwesenheit zur Nachricht, im Falle der Anwesenheit und Mitwirkung zur Genehmigung, da ohne letztere seitens der Parteien nichts zu genehmigen, sondern nur die Richtigkeit des Protokolles als Zeugen der Beurkundung zu bezeugen wäre. Da dieser Termin ein nach Lage der Sache notwendig antizipierter Teil der Hauptverhandlung ist, welcher durch Verlesung des Protokolles dann in deren Verlauf eingesetzt wird, so liegt es wohl im Sinne der gesetzlichen Vorschriften über die Hauptverhandlung, dafs den Parteien eine Mitwirkung bei Feststellung der Ergebnisse der Augenscheinseinnahme nicht minder wie eine Antragstellung bei den einzelnen Besichtigungsakten zur Vervollständigung bez. auf Unterlassung einseitig beantragter Akte, zu verstatten sein dürfte*), ganz wie im Zivilprozefs dies zweifellos der Fall ist.

γ) Im Protokoll über die Augenscheinseinnahme ist nach § 86 St.-P.-O. „der vorgefundene Sachbestand festzustellen und darüber Auskunft zu geben, welche Spuren oder Merkmale, deren Vorhandensein nach der besonderen Beschaffenheit des Falles vermutet werden konnte, gefehlt

*) Vergl. Löwe, Kommentar, zu § 191 der deutschen St.-P.-O.

haben"*). Es mufs jedenfalls alles Wesentliche enthalten und auch ersehen lassen, ob die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens beobachtet sind; auch ist es den bei der Verhandlung beteiligten Personen, soweit es dieselben betrifft, behufs der Genehmigung vorzulesen oder zur eigenen Durchlesung vorzulegen, die Genehmigung zu vermerken und von den Beteiligten ist zum Zeichen letzterer darunter ihre Unterschrift zu setzen, oder Gerichtswegen anzugeben, weshalb dies nicht geschehen sei (§ 186 St.-P.-O.).

δ) Um die für den Beweis in Strafsachen oft ganz unentbehrliche Augenscheinseinnahme bewerkstelligen zu können, haben die Gesetze gegen Sachen und Personen einen weitreichenden Zwang gestattet, teils zur Gestattung der Besichtigung, teils zur Auslieferung oder Vorlegung der jener zu unterwerfenden Gegenstände. Die dem Protokolle zur Erklärung beigefügten Zeichnungen, Risse, schriftlichen Ergänzungen sind in derselben Weise wie jenes zu beglaubigen, wenn sie als Bestandteile oder Anlagen des Protokolles in der Hauptverhandlung als Beweis- oder Veranschaulichungsmittel gebraucht werden sollen.

c. Wir kommen nun noch zu der Frage, wie die Ergebnisse des Augenscheins, der nicht von dem Erkenntnisgericht aufgenommen worden, diesem zur Kenntnis zu bringen seien?

α) Im bürgerlichen Rechtsverfahren liegt der Prozefsbetrieb für die Beweisaufnahme nach allgemeinen Grundsätzen in der Hand des Gerichts und daher haben die Parteien nicht für die Herbeischaffung der Beweismittel zu sorgen.

*) Nach § 117 der österreich. St.-P.-O. ist das Protokoll „so bestimmt und umständlich abzufafsen, dafs es eine vollständige und treue Anschauung der besichtigten Gegenstände gewähre. Es sind demselben zu diesem Zwecke erforderlichenfalls Zeichnungen, Pläne oder Risse beizufügen; Mafse, Gewichte, Gröfsen und Ortsverhältnisse sind nach bekannten und unzweifelhaften Bestimmungen zu bezeichnen." Vergl. noch § 138 das. über den Augenschein bei Untersuchungen wegen Beschädigungen oder Gefährdungen von Leben oder Eigentum, § 137 das. bei Brandlegungen.

Nach § 453 der deutschen Zivilprozefsordnung ist jedes Protokoll über eine Beweisaufnahme bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren, mithin auch das über die von einem beauftragten oder ersuchten Richter vorgenommene Augenscheinseinnahme, welches einzusehen jeder Partei, wie dem Gerichte, jederzeit freisteht. Jedenfalls haben die Parteien die Befugnis, bei ihren Schlufsvorträgen daraus die entscheidenden Punkte vorzutragen oder sogar, wo es auf die Wortfassung ankommt, vorzulesen. Eine sonstige Verlesung findet nicht statt*) und eine Vernehmung der Gerichtspersonen, welche die Augenscheinsergebnisse zu Protokoll bekundeten, könnte auf vorgängigen Beweisbeschlufs infolge eines Parteiantrags nur ausnahms- und aushilfsweise zugelassen werden, wenn das Augenscheinsprotokoll verloren, vernichtet oder wegen Unklarheit untauglich wäre — aber nur insofern die Feststellung nicht unter Wiederholung des Augenscheins erneuert werden könnte, was ja in Zivilprozessen weit leichter zu ermöglichen ist, als in Strafprozessen, wo eine Verzögerung leicht eine Augenscheinseinnahme erfolglos machen kann.

β) Im Strafverfahren nach der deutschen Strafprozefsordnung ist aber die Beantwortung obiger Frage verschieden in der Theorie und in der Praxis, wo häufig von den Staatsanwälten oder Vorsitzenden der Strafkammern und Schwurgerichte die Amts- und Untersuchungsrichter, auch die nach Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Augenscheinseinnahme

*) Es wird eine Vorschrift wie in § 248 St.-P.-O. in der deutschen Z.-P.-O. vermifst von v. Kries a. a. O. S. 115; denn es steht allerdings für den Zivilprozefs fest, dafs, sofern die Parteien ein Beweisergebnis anders vortragen, als dasselbe nach dem Protokoll sich gestaltet, oder sofern beide ein protokolliertes Beweisergebnis vorzutragen unterlassen, das nicht Vorgetragene nicht vorhanden sein soll; vergl. Seuffert, Komment. § 253 Nr. 4. v. Kries a. a. O. S. 114, welcher hier gegen die Ableitung dieser Folgerung aus der Mündlichkeit geltend macht, dafs keineswegs das Verlesen von Urkunden durch § 128 Abs. 3 Z.-P.-O. eingeschränkt sei. Die Kenntnisnahme des Urkundeninhalts sei Aufgabe des Gerichts, sobald feststehe, dafs sich die Partei der Urkunde als Beweismittel bedienen wolle, daher Vortrag daraus, Vorlesung und blofse Überreichung zur Kenntnis angemessen erscheine.

beauftragten oder zu deren Vornahme ersuchten Richter, zur Umgehung der Verlesung der Augenscheinsprotokolle, aus unrichtiger Auffassung der einschlagenden Gesetzesbestimmung, kurzweg als Zeugen über die Augenscheinsergebnisse vorgeladen werden, teils um die Beweisaufnahme abzukürzen oder lebhafter und anschaulicher zu gestalten, teils um der Unmittelbarkeit gerecht zu werden. Es war bereits an einigen Stellen schon erwähnt worden, dafs die Verlesung des Augenscheinsprotokolles in der Hauptverhandlung die einzig regelmäfsige Art der Vermittelung für das erkennende Gericht sein dürfe und nach dem § 248 St.-P.-O. sein könne, dafs daher nur aushilfsweise*), wenn jene Vermittelung nicht ausreicht zur Gewinnung einer klaren Anschauung und eine anderweite Augenscheinseinnahme nicht mehr zu ermöglichen wäre, das Gerichtspersonal zur Wiedergabe der Augenscheinsergebnisse, soweit seine Erinnerung noch reicht, durch Bezeugung dessen beigezogen werde. Nach § 248 St.-P.-O. „werden Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke“, ausdrücklich auch „Protokolle über Einnahme des richterlichen Augenscheins in der Hauptverhandlung verlesen“**). Nur diese Art der Vermittelung für das Gericht der Hauptverhandlung kennt das Gesetz***) und zwar als Ausnahme von der im folgenden Paragraphen

*) Löwe, Komment. zu § 248 St.-P.-O. spricht dem Gericht die Befugnis zu, wenn es hierzu besondere Veranlassung habe, an Stelle der Verlesung oder neben derselben die beiden Gerichtspersonen über das Ergebnis der Augenscheinseinnahme als Zeugen zu vernehmen; er erkennt also diese Befugnis nur als Ausnahme an und entzieht sie der Willkür der Strafbehörden.

**) Die österreich. St.-P.-O. § 252 sagt viel bestimmter: „Augenscheins- und Befundaufnahmen . . . so wie Urkunden und Schriftstücke anderer Art, welche für die Sache von Bedeutung sind, müssen vorgelesen werden, wenn nicht beide Teile darauf verzichten.

***) „Der § 248 St.-P.-O. regelt nur die Art der Benutzung der in ihm erwähnten Beweismittel, die Frage, ob sie benutzt werden sollen, beantworten die §§ 243 u. 244“, s. bei Geyer a. a. O. S. 683 Anm. 1.; aber unrichtig ist seine weitere Folgerung, dafs nur, wenn die betreffende Thatsache durch die in § 249 St.-P.-O. geordnete Vernehmung nicht bewiesen werden könne, eine „herbeigeschaffte“ Urkunde des

zum Ausdruck gebrachten Grundsatz der möglichsten Unmittelbarkeit der Wiedergabe des Thatbestandes einer Strafthat, wonach im allgemeinen eine Vernehmung in der Hauptverhandlung stattfinden soll, wenn der Beweis einer Thatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht. Dieser Satz kann erst dann für die Augenscheinswahrnehmung in Anwendung kommen, wenn die besondere Bestimmung des § 248 nicht ausreichte. Es ist gerade in den erwähnten strengen Formvorschriften für die Augenscheinseinnahme deutlich erkennbar, dafs eine „gesetzlich und richterlich verbürgte Wahrheit dem Urteiler vorzulegen“, ohne ihn in der freien Beweiswürdigung zu hindern, aus einer praktischen und prozessualischen Notwendigkeit geboten war, dafs insoweit die Lücke in der Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung durch eine vorausgenommene, nach Lage der Sache begrenzte Verhandlung vor den Parteien zur Beschaffung einer Anschauung ausgefüllt werden sollte, ganz so wie bei Auskunftspersonen, deren Vernehmung in der Hauptverhandlung praktisch unmöglich oder erschwert ist. Nur aus der Umgebung des Termines und Protokolles über die Augenscheinseinnahme mit den gesetzlichen Garantieen erklärt es sich, dafs im Fall der Beweiserheblichkeit der Augenscheinsergebnisse und der Beweisfähigkeit des Beweismittels in formeller Beziehung die Verlesung der Beurkundung jener Vorgänge und Sachbefunde, aufser wenn die Parteien darauf verzichten möchten (§ 244 Abs. 1 St.-P.-O.), in der Hauptverhandlung stattfinden mufs, weil jener Beweisaufnahmeakt in der gesetzlichen Voraussicht seiner eventuellen Einschiebung in die Beweisaufnahme der Hauptverhandlung vor dieser vorzunehmen war und das Protokoll darüber sie bekundet als Beweismittel, worauf gerade das Gewicht liegt.

§ 248 verlesen werden dürfe. Die Stellung der Ausnahme von der Unmittelbarkeit vor der sie erkennbar machenden Vorschrift in § 249 mufs schon darauf hinweisen, dafs in § 248 eine besondere Vorschrift in obligatorischer Form sollte gegeben werden, während in § 255 St.-P.-O. eine fakultative Mitteilungsart nachgelassen worden ist.

Eine andere Vermittelung der Augenscheinsergebnisse für das Gericht der Hauptverhandlung erwähnt die deutsche Strafprozeſsordnung nicht, daher bleibt nur aushilfsweise die des § 249 St.-P.-O. für Auskunftspersonen allgemein geordnete übrig, wenn jene nicht ausreichen würde*).

*) Verf. hat in der im Bd. XXXVIII des Gerichtssaals, S. 212 ff. erschienenen Abhandlung: „Der Amts- und Untersuchungsrichter und deren Gerichtsschreiber in der Hauptverhandlung betreffs der im Vorverfahren erhobenen Beweise," im Abschnitt I.: „Die Reproduktion von Augenscheinseinnahmen," die vorliegende Frage bereits besprochen, seitdem aber noch mehrfach in seiner Praxis die Erfahrung gemacht, als Zeuge über die Augenscheinseinnahmen, welche er geleitet, sich vernehmen lassen zu müssen, obschon die Protokolle darüber vollständig und klar, auch formell in Ordnung waren; man zog vor, sie gar nicht verlesen zu lassen, sondern beigelegte Faustrisse den Richtern vorzulegen oder Kopieen davon an eine Tafel zu zeichnen und daran nun den Zeugen (Richter) den Befund aus der Erinnerung darlegen zu lassen. Hier nun zeigte es sich, wie wenig zuverlässig eine derartige Demonstration aus der Erinnerung gegenüber der im unmittelbaren Anschluſs an die gemachten Wahrnehmungen erfolgten Feststellung zu Protokoll ist, da es sich leicht erklärt, daſs man, sobald jene Wahrnehmungen aktlich gemacht sind, die Einzelheiten aus der Erinnerung entläſst, nur einen Gesamteindruck behält und dann bei der Wiedergewinnung der Erinnerungen sich andere, ähnliche Vorstellungsbilder aus anderen Untersuchungen hereinmischen, vollends nach längerer Zwischenzeit, so daſs Unsicherheiten, Verwechselungen, ja Widersprüche mit dem Augenscheinsprotokoll, welche für den eidlich zu vernehmenden Zeugen (Richter und Gerichtsschreiber können auch unter einander nicht übereinstimmende Erinnerungen bekunden) höchst peinlich und verhängnisvoll werden können, zutage treten, welche Verdacht gegen die Glaubwürdigkeit des Protokolls ebenso wie der nun als Zeugen vernommenen Gerichtspersonen erregen und dem Beweise nach beiden Richtungen hin sehr nachteilig werden, zumal zuweilen von einer geringen Abweichung in der Ortsentfernung oder einem angeblichen und einem nachgewiesenen Standort die ganze Schuldfrage abhängt. Es giebt hier nur eine Zuverlässigkeit und diese ist das Augenscheinsprotokoll, welches noch gewinnt, wenn auſser den Parteien auch noch etwa Zeugen zugegen waren, wie die Gerichtszeugen (Urkundspersonen) in Österreich. Verf. schickte daher jeder Vernehmung als Zeuge die Bemerkung voraus, daſs dem Augenscheinsprotokoll, wenn seine Aussage eine Abweichung von dessen Inhalt ergeben sollte, die nicht vereinbar oder erklärlich erscheine, also der Feststellung im Protokoll ein unbedingter Vorzug vor seiner Aussage zukomme. Eine derartige Praxis ist eine zweifellos miſsbräuchliche. Einer der angesehensten österreichischen Theoretiker und Praktiker, Generalprokurator am Kassationshof zu Wien, früher Justizminister und einst Professor, der zu früh verstorbene Dr. Jul. Glaser a. a. O. S. 379 bestätigt ebenfalls die vom Verf. gemachten Erfahrungen. Von der Abneigung, ein stän-

Hierauf haben sonach die Parteiredner vor allem zu achten, wenn sie auf Grund der Augenscheinsergebnisse Beweis führen wollen. Fehler an den formellen gesetzlichen Voraussetzungen (der Beweisfähigkeit) sind zweifellos Revisionsgründe.

2. Bei der Prüfung des Beweiswertes eines Augen-

diger Zeuge (mit stets erneuerter Vereidigung!) werden zu sollen, bemerkt er: „wird der zu Vernehmende mit Recht geltend machen, dafs er selbst lieber der gleichzeitig gemachten Aufzeichnung als seiner Erinnerung trauen möge, zumal es erfahrungsgemäfs ist, dafs das Gedächtnis dasjenige leicht fallen läfst, bezüglich dessen die Beruhigung gegeben ist, dafs es durch Aufzeichnung der Vergessenheit entrückt ist.“ Einer eingehenden Besprechung mit Rücksicht auf das „gesetzliche Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip“ hat E. Rupp, der Beweis im Strafverfahren, 1884, S. 168 und S. 187 ff. obige Frage unterworfen; er kommt ebenfalls zu dem Resultat: Die in § 248 St.-P.-O. erwähnten Beispiele von Urkunden schliefsen konforme öffentliche Urkunden mit untergeordnetem Wahrnehmungsgehalt nicht aus, auch sie sind als Beweismittel für die Hauptverhandlung ausnahmsweise zugelassen, wie besonders noch die Augenscheinsprotokolle; ihre einzige und obligatorische Mitteilungsart ist: die Verlesung in den Worten: „werden — verlesen“; die in § 255 St.-P.-O. aufserdem noch als Beweismittel für die Hauptverhandlung, ebenfalls ausnahmsweise, zugelassenen „Erklärungen“ öffentlicher Behörden, welche ein Zeugnis enthalten, „können verlesen werden.“ Daraus ergiebt sich für die besonders hervorgehobenen Augenscheinsprotokolle als obligatorische Mitteilungsart ihre Verlesung nach § 248 St.-P.-O. Übrigens fafsten auch das Urteil des Reichsgerichts, Strafsen. I. vom 31./V. 1880 und Strafsen. II. vom 29./X. 1880 diese Vorschrift „imperativ“ auf und haben das auf Verletzung derselben beruhende Urteil aufgehoben und dem gegenüber kann man nicht mit der Bemerkung der Motive zu dem § 255 auf S. 186 es in das Ermessen des Gerichts, einen Beamten, welcher die Behörde allein bildet, mündlich vernehmen oder mit seiner schriftlichen Auskunft sich begnügen zu dürfen, stellen und nicht diese Befugnis auch auf die Gerichtspersonen, welche übrigens zusammen als Gerichtsbehörde (Richter und Gerichtsschreiber) das Augenscheinsergebnis im Protokoll festgestellt haben, erstrecken wollen. Neben der Verlesung die protokollierenden Beamten oder andere Personen zeugeneidlich zu vernehmen, hält v. Kries a. a. O. S. 203 für ebenso unzulässig wie bei der kommissarischen Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten. „Auch für die Protokolle über Augenscheinseinnahmen werden gerade solche Förmlichkeiten vorgeschrieben, welche erkennen lassen, dafs das Protokoll ausschliefslich dem erkennenden Gericht die Kenntnis des Beweismaterials vermitteln solle: Parteienöffentlichkeit, Verlesung und Genehmigung durch die dabei beteiligten Personen, St.-P.-O. §§ 160, 163, 164, 183, 185.“ Vergl. Sarau in Goltdammers Archiv, 1865, S. 743 ff. Geyer a. a. O. S. 715.

scheins und der Beweiskraft der daraus gewonnenen Ergebnisse kommt Folgendes in Betracht*):

a. Die richteramtliche Vornahme eines Augenscheins inbezug auf bestimmte Beweissätze, deren Bewahrheitung durch Feststellung in der unter 1. angeführten Weise nach einem vorbedachten, durch Berufsbildung, Erfahrung und Übung des Gerichts unterstützten Plan erfolgt. Es liegt also Grund genug vor, dafs das Gericht vorsichtig und genau seine beabsichtigten und vorbereiteten Beobachtungen an dem Gegenstand der Augenscheinseinnahme gemacht habe**), was ja die Parteien, wenn sie es in ihrem Interesse für geboten halten, kontrolieren können, wenn sie bei der Augenscheinseinnahme und Feststellung ihrer Ergebnisse zugegen sind, welchenfalls dann ein späterer Einwand gegen die Beweisfähigkeit und die Beweiskraft des Augenscheins ausgeschlossen sein würde.

b. In der Übereinstimmung der bei der Augenscheinseinnahme und der Feststellung ihrer Ergebnisse unmittelbar Beteiligten rücksichtlich der Wahrnehmung und Auffassung liegt die Hauptgewähr für den Ausschlufs von Täuschung und Irrtum, also für die Erkenntnis der Wahrheit, deren Bestätigung eben durch die von uns betonte Feststellung durch das Gericht erfolgt zum Zweck der Beweisführung und Beurteilung. Es ist daher von grofser Bedeutung für beide, dafs etwaige Abweichungen in den Wahrnehmungen und

*) Glaser a. a. O. S. 377—382. Frydmann a. a. O. S. 228 ff.

**) Die Umstände, welche sonst die Glaubwürdigkeit der Zeugen beeinträchtigen können, fallen hier weg; bei Zeugen mufs man sich begnügen, wie der Zufall sie darbietet, je nach ihrer Befähigung und der Gelegenheit ihrer Beobachtung, ihrer Aufmerksamkeit, Darstellungsgabe und besonders ihrer Wahrhaftigkeit, welche Voraussetzungen bei der Wahrheitsbekundung durch das Gericht vorhanden sind. Befangenheit oder Voreingenommenheit des Richters für eine Auffassung oder gegen eine solche kommt ja auch wohl vor, wird aber durch die Mitwirkung der Parteien leicht paralysiert oder ist aus dem Protokoll zur Not zu erkennen. Ein daraus entstehender Verdacht kann der Beweiskraft des Augenscheins grofsen Abbruch thun und zu dem Notbehelf der Abhörung des Gerichtspersonals (Richters und Gerichtsschreibers) führen, nimmt aber dann auch leicht den Charakter einer disziplinären Verantwortungsabhörung an.

Auffassungen seitens einzelner Beteiligten ebenfalls festgestellt werden. Diese Feststellung ist eine gemeinschaftliche, mindestens seitens eines Richters und seines Gerichtsschreibers (Gerichts) in amtlicher Eigenschaft und überragt daher jedes Zeugnis einzelner oder mehrerer Privatpersonen an Bedeutung in jeder Beziehung, weshalb eine spätere Auflösung des Augenscheins in Einzelzeugnisse durch Vernehmung der einzelnen Gerichtspersonen kaum zulässig ist und nur als Notbehelf dienen kann, weil sie nicht das zu ergeben vermag, was jene Feststellung bewirkt hat.

c. Ganz eigentümlich diesem Beweismittel ist die unverzüglich nach der Wahrnehmung und fast gleichzeitig mit derselben bewirkte Feststellung und Beschreibung des Befundes zu gerichtlichem Protokoll, weshalb die sofort an Ort und Stelle erfolgte Protokollaufnahme einen entschiedenen Vorzug vor der später an Gerichtsstelle bewirkten haben mufs, weil in jenem Falle die Möglichkeit geboten ist, bei der Fassung der Feststellung hervortretende Zweifel jeden Augenblick durch Wiederholung der Wahrnehmung und Nachprüfung zu beseitigen. Durch diese unverzügliche Feststellung zu Protokoll werden nicht nur die sinnlichen Wahrnehmungen begreiflich geklärt, sondern auch gegen Abschwächungen durch andere nachfolgende Eindrücke bewahrt und der später folgenden Beurteilung ungetrübt erhalten oder durch Vorlesung oder Einsicht des Protokolles in die Erinnerung lebhaft zurückgerufen.

d. Von Bedeutung für den Beweiswert ist auch der Zeitpunkt, in welchem die Augenscheinseinnahme im Verhältnis zu dem Vorgange erfolgte, der von Einflufs auf den zu besichtigenden Gegenstand gewesen ist. Je näher sie diesem Vorgang selbst liegt, desto weniger ist der Gegenstand Veränderungen ausgesetzt, welche leicht falsche Schlufsfolgerungen hervorbringen können. Thatspuren werden sehr häufig zur Ablenkung letzterer beseitigt, verändert, falsche hervorgebracht u. s. w., was möglich ist, je mehr Zeit zwischen dem Vorgang und der Augenscheinseinnahme liegt. Daher ist es geboten,

die Merkmale des Gegenstandes unmittelbar nach dem Vorgang durch Zeugen festgestellt zu sehen und deren Beschreibung mit den Wahrnehmungen bei der Augenscheinseinnahme zu vergleichen. Es gilt also die Feststellung und Sicherung nicht blos der Identität des Gegenstandes, sondern auch seiner Unverändertheit seit der ersten Einwirkung auf denselben (res integra).

e. Der Kritik der beweisführenden Parteiredner unterliegt auch die ganze Methode der richterlichen Augenscheinseinnahme für eine Wertsschätzung ihrer Ergebnisse. Ungenauigkeiten und Unvollständigkeiten in der Beobachtung, Feststellung und Protokollbeschreibung*), Verwechselungen, Widersprüche, Unerklärlichkeiten, Mangel der Zuziehung von Sachverständigen in Fällen, wo eine sachgemäfse Beobachtung und Feststellung gar nicht ohne eine sachverständige Hilfe möglich war, am meisten aber nachweisbare Unrichtigkeiten in thatsächlichen An- und Wiedergaben vermögen den Wert der Augenscheinsergebnisse zum Teil oder ganz in Frage zu stellen. Sie lassen sich von einem Parteiredner nur dann mit Erfolg rügen, wenn er selbst aus entschuldbaren Gründen von dem Recht der Beiwohnung bei der Augenscheinseinnahme keinen Gebrauch gemacht hatte, weil ihm sonst der Einwand entgegensteht, dafs er ja selbst bei der Feststellung mitge-

*) Die gröfste Genauigkeit erfordern namentlich auch Zeichnungen zur Veranschaulichung, Angaben von Entfernungen und Stellungen u. s. w. So z. B. kam in folgendem Falle bei Beantwortung der Schuldfrage alles auf die Entfernung von einem Schritt an. A., B. und C. hatten in einer Neujahrsnacht in einer Dorfstrafse aus Terzerolen rasch hinter einander geschossen und vom ersten Schufs, den A. zugestandenermafsen abgegeben, will ein Mädchen, das eben um die Strafsenecke kam, ins Auge getroffen worden sein, das infolge dessen verloren war; A. bestreitet der Thäter zu sein, weil er links von den beiden anderen so gestanden habe, dafs zwischen ihm und der Verletzten eine vorstehende Hausecke sich befunden habe. Bei der an Ort und Stelle vorgenommenen Aufstellung der Verletzten da, wo sie getroffen wurde, und der A., B., C. an ihren angeblichen Ständen, ergab sich, dafs, wenn A. einen Schritt weiter rechts bei Abfeuerung des Schusses getreten war, wie B. und C. behaupteten, er sich in der Schufslinie auf die Verletzte befunden hat.

wirkt und diese genehmigt, also auf Geltendmachung von Einwendungen verzichtet habe.

§ 47.

2. Zeugenaussagen.

In den neueren Prozefsgesetzen ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung auf den Zeugenbeweis in seinem ganzen Umfange als anwendbar anerkannt worden; bezüglich der Zulässigkeit und des Beweiswertes der Zeugen als Beweismittel ziehen die Gesetze keine Schranken mehr; die Unfähigkeit, Wahrnehmungen zu machen oder gemachte mitzuteilen, kann wohl ein Hindernis sein u. dgl. mehr, aber das zu beurteilen, ist im einzelnen Fall dem Gericht überlassen. Jede Person, welche nicht selbst Prozefspartei ist, also auch der Hauptintervenient in Beziehung auf den Hauptprozefs, der Nebenintervenient, der nicht Streitgenosse ist*), der Litisdenunziat, der Zedent, Stellvertreter, sofern er nicht Partei ist, kann über eine der Vergangenheit angehörige Thatsache aus eigener Wahrnehmung zum Zweck der Beweisführung Auskunft vor Gericht erteilen oder Zeuge sein. Prozefsparteien und Streitgenossen sind davon (nicht nach englischem und österreichischem Prozefsrecht) ausgeschlossen, aber blofse Mitberechtigung oder Mitverpflichtung oder ein Regrefsverhältnis ohne Streitgenossenschaft begründet noch nicht Parteieigenschaft**). Der frühere Unterschied zwischen klassischen und verdächtigen, untüchtigen und auf Antrag verwerflichen Zeugen ist beseitigt, die Zwangslehre von der Unfähigkeit und Verdächtigkeit der gesetzlichen Beweistheorie ist auf-

*) Nach § 66 der deutschen Z.-P.-O. Nur in § 350 Ziff. 4 sind Rechtsvorgänger und Vertreter über ihre, das Streitobjekt betreffenden Handlungen für zeugnisfähig erklärt; sonst kennt die Z.-P.-O. die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien, wie der englische und österreichische Zivilprozefs sie hat, nicht.

**) Gaupp, Komment. a. a. O. in der Vorbemerkung zum „Zeugenbeweis" im Tit. VII. des zweiten Buches, Abschn. I. der Z.-P.-O.

gegeben. Nur die Verweigerung der Aussage oder des Eides eines Zeugen ist in gesetzliche Schranken gewiesen, sonst aber die Zeugnispflicht als eine öffentliche anerkannt; die Unterlassung der Beeidigung, ohne dafs ein Hinderungsgrund vorliegt, ist aber Verletzung eines Prozefsgesetzes und macht das Zeugnis als Beweisunterlage unbrauchbar, und die Vernehmung mufs in den Formen der Prozefsordnungen geschehen.

Eine Unterart der Zeugen sind die s. g. sachverständigen Zeugen, deren Wahrnehmungen von einer besonderen Fachkenntnis bedingt sind*). Die Beweiskaft der Zeugenaussagen hängt zunächst von der Beweisfähigkeit der Zeugen als Beweismittel, dann von der formell gesetzlichen Vernehmungsart und endlich von dem sachlichen Zusammenhang (Vollständigkeit, Widerspruchslosigkeit, innere Wahrscheinlichkeit) ab.

Wenn man auch im alltäglichen Leben ein grofses Vertrauen zu dem Beweis durch Zeugen zu hegen pflegt, indem man die Versicherung jemandes, eine Thatsache selbst wahrgenommen zu haben, als glaubhaft erachtet und daraus schlechthin annimmt, dafs die fr. Thatsache sich auch wirklich zugetragen habe, so geht man dabei von der allgemein menschlichen Vermutung aus**), dafs der Zeuge bei seiner Wahr-

*) Dieser Begriff ist in § 85 der deutschen St.-P.-O. und in § 379 Z.-P.-O. nach den Motiven S. 152 beibehalten: „Die Hervorhebung des inneren Unterschiedes, welcher zwischen Sachverständigen, die als Gehilfen des Richters stets aus Thatsachen Schlüsse ziehen und den sachverständigen Zeugen, die eigene Wahrnehmungen bekunden, unleugbar besteht, ist zur Beseitigung vielfacher Streitigkeiten für angemessen erachtet worden". Ein solcher mufs mit dem Zeugen- und Sachverständigeneid belegt werden, wenn er ein Gutachten abzugeben hat. Als Zeuge kann er nicht durch einen anderen ersetzt werden; seine Ablehnung ist nicht gestattet; s. Geyer a. a. O. S. 507.

**) Auch die Rechtstheorie kennt eine solche Vermutung; so z. B. sagt Geyer a. a. O. S. 721: „Jede Aussage hat nach psychischen Gesetzen die Präsumtion der Wahrhaftigkeit (Aufrichtigkeit) für sich, d. h. es ist, wenn nicht besondere Gegengründe vorliegen, anzunehmen, dafs sie das enthält, was der Aussagende für wahr hält, wenn es auch nicht vielleicht wahr ist. Denn es ist der natürliche einfache psychisch-

nehmung sich nicht getäuscht habe, sich auch noch des Wahrgenommenen genau erinnere und fähig sei, seine davon gewonnenen Vorstellungen in den entsprechenden Begriffen und Worten wiederzugeben, andererseits dafs der Zeuge auch weil es beschwerlicher und gefährlicher ist, die Unwahrheit zu sagen als die Wahrheit, letztere auch habe berichten wollen und dem natürlichen und vernunftgemäfsen Drange der Wahrhaftigkeitspflicht gefolgt sei. Wären diese in der menschlichen Natur begründeten Voraussetzungen alle im einzelnen Falle zutreffend, dann könnte man dem Beweis durch Zeugen einen unbedingten Wert beilegen; allein die Erfahrung der Rechtspflege gerade hat gelehrt, wie trügerisch jene Voraussetzungen stets gewesen sind und wie wenig die staatlichen Sicherungsmafsregeln in Gesetzen und in der Praxis gegen die Gefahren trügerischer Zeugenbeweise zu schützen vermögen, vollends in Zeiten der Lockerung der Grundsätze der Sittlichkeit, der Religion, des Autoritätsglaubens und der Achtung vor den höchsten Gesetzen des geordneten Zusammenlebens, insbesondere der Pflicht zur Wahr- und Gewissenhaftigkeit, wo diese gerade, wie hier, vom Staat als allgemeine Pflicht gefordert wird*). Je häufiger die Fälle der „gemachten Zeugnisse“, der falschen Zeugenaussagen aus

physische Hergang, dafs eben das, was die Erinnerung reproduziert, in Worten Ausdruck findet.“ S. 725: „Jene allgemeine Präsumtion der Wahrhaftigkeit kann ferner (aufser dem Mangel an Fähigkeit zur Wahrnehmung und deren Berichtung) erschüttert oder widerlegt werden durch Umstände, aus welchen sich ergiebt, dafs der Wille des Aussagenden, die Wahrheit zu sagen, bezweifelt oder verneint werden mufs.“

*) Leider mufs man mit Schall u. Boger a. a. O. S. 75 bekennen: „So hat denn der Zeugenbeweis beim gerichtlichen Verfahren einen Charakter, welcher der menschlichen Natur keine Ehre macht, denn es wird dieser Beweis als ein an und für sich verdächtiger betrachtet, welcher nur mit Vorsicht angewendet und mit Mifstrauen benützt werden darf.“ Glaser a. a. O. äufsert sich auch dahin, dafs man bei der Übersicht über die Bedingungen für die Beweiskraft des Zeugnisses erschrecken müsse über die geringe Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins aller und die Schwierigkeit, sich bei der unendlich grofsen Zahl von Zeugenaufnahmen von jenem Vorhandensein zu überzeugen, dazu der Umstand, dafs das Gericht die Zeugen nehmen mufs, wie sie ihm geboten werden u. s. w.

eigenem oder in naheliegendem Interesse, aus Furcht und Befangenheit, aus leider oft grundsätzlicher Abneigung gegen die staatliche Wahrheitsfeststellung, auch die Fälle der leichtfertigen Angaben, und vor allem der Geringschätzung der zeitlichen und ewigen Strafen für falsche Eidesleistungen sind, desto mehr mufs das Vertrauen zu dieser Beweisart und mit ihm das zur Rechtspflege und auf deren Schutz, andererseits aber auch auf die Sicherheit des Gesellschaftsverkehrs schwinden. „Die staatlichen Veranstaltungen zur Sicherung" der Beweiskraft der Zeugnisse dienen allerdings zur Hebung des Vertrauens, sind aber den täglich gemachten Erfahrungen nach immerhin unzureichend*).

Es ergiebt sich hieraus für die Beweisführungen der Parteiredner gerade beim Zeugenbeweis eine um so weiter gehende Notwendigkeit, die Beweisfähigkeit der Zeugen und den Beweiswert jeder Zeugenaussage zu prüfen trotz aller Garantieen der Gesetze und der Rechtspflege; die Jahrhunderte hindurch erprobten Erfahrungssätze der Rechtspflege behalten, ungeachtet der Beseitigung der zu gesetzlicher Beweistheorie erhoben gewesenen Regeln durch die neuere Gesetzgebung immer noch den Wert eines Mafsstabes für die Beurteilung der Beweiskraft der Zeugnisse im einzelnen Fall. Nach der hier gestellten Aufgabe kann nur ein Überblick über die wichtigsten jener Erfahrungssätze gegeben werden.

1. Die Beweisfähigkeit (Zulässigkeit und Brauchbarkeit) eines Zeugen ist durch die persönlichen Verhältnisse desselben und seine Beziehung zu der Sache, zu welcher er aussagt, bedingt; ihre Beschränkung kann bis zur Ausschliefsung führen.

*) Dahin gehört aufser der Auswahl und Ladung der Zeugen, ihrer Vereidigung vor oder nach der Vernehmung, der Möglichkeit der Aussagenberichtigung durch die Zeugen, der Gegenüberstellung, der Kontrole der Parteien, des Kreuzverhörs, auch das energische Einschreiten bei dem Verdacht eines falschen Zeugnisses und — was der deutschen, nicht der österreichischen Gesetzgebung fehlt, eine der falschen Aussage vor Gericht drohenden Bestrafung ohne Rücksicht auf die Eidesverletzung. Vergl. Glaser a. a. O. S. 215—230.

a. Es sind die Zustände, welche die Fähigkeit zur Wahrnehmung oder Mitteilung des Wahrgenommenen beeinträchtigen und die Verantwortlichkeit für die Aussage oder das Bewufstsein davon aufheben, die zu erst zu prüfen sind:

α) Noch mangelhafte Entwickelung oder Abschwächung des Wahrnehmungs- und Auffassungsvermögens im Jugend- und Greisenalter; die im einzelnen Fall zu erforschende Einsicht und Fassungs- sowie Ausdrucksfähigkeit entscheidet (lubricum judicium in L. 3 § 5 D. 22,5).

β) In bezug auf das Geschlecht kann ein Unterschied nicht mehr gemacht werden, nur lehrt die psychologische Erfahrung, dafs bei der allgemeinen grösseren Rezeptivität der Frauen gemäfs ihrer Naturanlage auch die Wahrnehmungs-, Auffassungs-, Beobachtungs- und Mitteilungsbegabung eine vorzüglichere als bei den Männern, welche sich dagegen in der Denk- und Beurteilungskraft vor den Frauen hervorthun, zu sein pflegt. Die physischen Veränderungszustände bei letzteren arten oft in krankhafte Beeinflussungen auch der geistigen Kräfte aus und können daher nicht aufser Berücksichtigung bei der Prüfung der Beweisfähigkeit gelassen werden*).

γ) Mängel einzelner Sinne**), welche sich unter einander ergänzen oder unterstützen, vermögen die richtige Auf-

*) Vergl. über „hysterische Temperamente", Hang zur Lüge, Übertreibung u. s. w. E. Hofmann, Lehrbuch d. gerichtl. Medizin, S. 887 ff. Nach § 151 der österreich. St.-P.-O. sind bei Strafe der Nichtigkeit der Aussage Personen nicht als Zeugen zu vernehmen, die zur Zeit, in welcher sie das Zeugnis ablegen sollen, wegen ihrer Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit aufser stand sind, die Wahrheit zu sagen.

**) Man glaubt kaum, wie viele Täuschungen in den Wahrnehmungen auf Mängeln der Sehkraft (Kurzsichtigkeit, Farbenblindheit), des Gehörs und Geruches beruhen; dazu die Mitwirkung der Einbildungskraft, die Starrheit in den Behauptungen und der Ausschliefsung eines Irrtums! Mangelhaftes Unterscheidungsvermögen, z. B. bezüglich der Töne, der menschlichen Stimme, der verschiedenen Geruchsursachen, aber auch der Bezeichnungen dafür, erzeugt unendlich viele unrichtige Aussagen. Vergl. über die „Paraphasie" d. i. Störung des Vermögens, das richtige Wort zu finden, E. Hofmann a. a. O. S. 932.

fassung zu hindern, weshalb nötigenfalls bei der Singularität eines damit behafteten Zeugen erst durch Sachverständige die Beweisfähigkeit in ihrer besonderen Voraussetzung festzustellen ist.

δ) Verstandes- und Gedächtnisschwäche bedürfen ebenso erst einer Prüfung der Leistungsfähigkeit, ehe man ein Notfallzeugnis ganz verwirft oder ihm beschränkt Glauben beimifst.

ε) Bei eigentlichen andauernden und periodischen Geistesstörungen, z. B. teilweisem Wahnsinn oder Monomanieen bedarf es ebenso der Feststellung von Psychiatern, wie weit eine Zeugenaussage abseits einer Wahnvorstellung zulässig und annehmbar erscheinen mag*).

ζ) Dasselbe gilt auch bei Zuständen vorübergehender Störungen der Geistesthätigkeit, z. B. unnatürlichen Schlafzuständen, Traumwandeln, Narkose durch Ätherisierung, oder durch Magnetisierung hervorgebrachten Zuständen, vor und nach epileptischen Zufällen, hoher Grad von Trunkenheit u. dgl. Die in solchen Zuständen angeblich gemachten Wahrnehmungen sind auch nur unter der äufsersten Vorsicht aufzunehmen und meistens nichts wert, z. B. die Aussage einer Frauensperson, dafs sie vom tiefsten Schlafe befallen gewesen und erst nach Vollziehung der geschlechtlichen Beiwohnung eines von ihr

*) v. Krafft-Ebing im Gerichtssaal, 1874, S. 155 ff.: „Über die Fähigkeit, im Irresein und anderweitigen psychopathischen Zuständen Zeugnis vor Gericht abzulegen.“ Leider sind die Fälle des Mifsbrauchs Geistesschwacher zu unzüchtigen Handlungen nicht selten und dann pflegt ihr Zeugnis unentbehrlich zu werden, welches meist durch das von Hörensagen der ihnen Nahestehenden, welchen eine Erzählung des Geschehenen gemacht zu werden pflegt, unterstützt werden mufs, wie bei Kindern im zarteren Alter. Nur von der Beeidigung schliefst § 56 Z. 1 der deutschen St.-P.-O. Personen, welche wegen mangelnder Verstandesreife und wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben, wie diejenigen, welche das 16. Lebensjahr (Eidesmündigkeit) noch nicht vollendet haben, aus, wie auch § 358 Z.-P.-O., während nach § 170 der österreich. St.-P.-O. die Eidesmündigkeit schon mit dem vollendeten 14. Lebensjahre beginnt u. Personen, „welche an einer erheblichen Schwäche des Wahrnehmungs- und Erinnerungsvermögens leiden“ von der Eidesfähigkeit ausgeschlossen sind.

nicht zugelassenen Mannes erwacht sei u. dgl. m. Ähnlich verhält es sich mit den im Delirium Kranker oder im Sterben erstatteten Aussagen, über deren Erstattungsmöglichkeit erst wieder Zeugen und Sachverständige zu hören sind, um die Zulässigkeit solcher Angaben feststellen zu können.

η) Ähnlich sind Zustände des höchsten Gemütsaffektes, Schreck, Furcht, Zorn, Nervenaufregungen u. s. w., oft von der Art, dafs sie die Wahrnehmung fast aufheben oder ganz unsicher machen; es giebt so nervöse Menschen, dafs bei ihnen auch selbst vor Erregung die Fähigkeit, vor Gericht ihre Erinnerungen zu sammeln und sich entsprechend auszudrücken, abgeht, vollends wenn sie durch Zwischenfragen und Bestürmungen oder aus Angst vor Meineidsbegehung die Klarheit der Besinnung verlieren, zumal wenn sie an Andrängen des Blutes nach dem Kopf und Herzen bei jeder geringen Erregung leiden.

b. Die Brauchbarkeit (Glaubwürdigkeit) eines Zeugen knüpft sich noch an mehrere, verschiedene Voraussetzungen in der Persönlichkeit des Zeugen:

α) Die sittliche Würdigkeit ist nur noch insoweit in Frage, als nach § 358 der deutschen Z.-P.-O. und § 56 Z. 2 der St.-P.-O. als verdächtig vom Zeugeneide ausgeschlossen sind Personen, „welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden“, sowie nach Ziff. 2 das. „Personen, welche hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig oder verurteilt sind“, worin freilich auch die Beziehung zur Sache mit hervortritt*). Zweifellos liegt, ganz abgesehen davon, dafs

*) Die österreich. St.-P.-O. in § 170 Ziff. 2 u. 3 geht noch weiter, indem sie vom Zeugeneid ausschliefst solche, welche sich wegen eines Verbrechens in Untersuchung befinden oder wegen eines solchen zu einer Freiheitsstrafe verurteilt sind, die sie noch abzubüfsen haben, und solche, welche wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurteilt worden sind. Nach § 161 des R.-St.-G.-B.'s macht die Verurteilung wegen Meineids aufser den Fällen der § 157 u. 158 dauernd unfähig zur eidlichen Vernehmung als Zeuge oder Sachverständiger.

man bei der Vernehmung solcher Personen ein unbeeidigtes Zeugnis erhält, Grund genug vor, gegen die Verläfslichkeit solcher Zeugen, besonders gegen ihren guten Willen, die Wahrheit zu sagen, Verdacht hegen zu dürfen, weil das Vertrauen in die sittliche Würde bereits erschüttert ist*).

β) Ähnlich verhält es sich mit Personen, welche Zeugnis ablegen könnten und sollten über Dinge, die sie unwürdig erscheinen lassen; wegen des Widerstreites berechtigter allgemeiner und der Sonderinteressen des Zeugen, haben die Gesetze solchen Personen nachgelassen, ihr Zeugnis inbezug auf ihnen Gefahr bringende Aussagen mit einiger Beschränkung zu verweigern. Wenn in § 67 der deutschen St.-P.-O. gestattet war: „erforderlichenfalls dem Zeugen Fragen über Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in einer vorliegenden Sache betreffen, vorzulegen", so wäre nach den Motiven S. 52 dabei bei den Generalfragen vorzugsweise an erlittene Strafen und persönliche Beziehungen und solche zur Sache gedacht, allein damit nicht ausgeschlossen, dafs auch während der Vernehmung zur Sache oder im Kreuzverhör von den Parteien Fragen nach der Glaubwürdigkeit gestellt werden dürfen, jedoch unter Erwägung des Richters, ob sie als zweckdienlich zur Beweiserhebung, zur Beantwortung vorzulegen sind**). Das deutche Gesetz gestattet im § 54 dem Zeugen, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, „deren Beantwortung ihm selbst oder einem seiner Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde"; noch etwas weiter reicht das Verweigerungsrecht im § 349 Z. 2 der deutschen Z.-P.-O., indem dort die Angehörigen durch die in § 348 No.

*) Es ist erklärlich, wenn man sittenlosen Menschen, weil ein Laster das andere erzeugt und Grundsätze lockert, wenig Vertrauen beimifst, z. B. Prostituierten, denen oft der Verkehr mit der Verbrecherwelt nahe liegt.

**) Fragen, welche nur auf Herabwürdigung oder Blofsstellung des Zeugen abzielen, sind abzuschlagen, z. B. über längst verjährte unredliche Handlungen, oder über zwar ungeziemende, aber die Wahrhaftigkeit des Zeugen nicht berührende Handlungen desselben. Die richtige Grenze hier zu finden, ist sehr schwierig.

1—3 bezeichneten Verwandtschaftsverhältnisse näher bestimmt sind und auch, sofern die Beantwortung der Fragen diesen oder dem befragten Zeugen nur „zur Unehre gereichen oder die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung zuziehen würden", die Ablehnung gestattet ist. Machen nun solche Personen Gebrauch von ihrem Recht, so bleibt ein entfernter Verdacht, dafs sie der Aussage über den fr. Punkt ausweichen, weil er nicht unwahr sei, andernfalls aber, wenn sie doch aussagen und zwar zu ihrem Vorteil oder Nachteil, bleibt immer ein Zweifel an der Wahrhaftigkeit wegen des Widerstreites, in welchen der Zeuge zwischen Eides- und Wahrheitspflicht und persönlichen Interessen, z. B. guten Ruf und Familienfrieden u. dgl., geführt wird.

γ) Mit Recht wird hierher als Grund der Anfechtung eines Zeugnisses auch der erkennbar gewordene Mangel einer religiösen Überzeugung, der Aberglaube, hinter welchen sich die sogen. Mentalreservation versteckt, um Lüge und falsches Zeugnis zu verbergen, und erklärter Atheismus und Dissidententum, bezeichnet, welche Verhältnisse die Brauchbarkeit eines Zeugen, wenn auch nicht ganz ausschliefsen, doch beeinträchtigen, wie auch der Mangel an Verständnis für die Bedeutung des Eides*). Solchen Menschen gegenüber mufs

*) Personen, gegen welche nicht ausdrücklich ein Spruch auf Eidesunfähigkeit ergangen ist, sind doch zeugnis- und eidesfähig, selbst wenn sie wegen eines Eidesvergehens bestraft worden sind, nach R.-G.-Urt. v. 24./I. 1880; § 56 St.-P.-O. schliefst Personen von der Beeidigung aus, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden (§ 161 St.-G.-B. bestimmt, dafs bei jeder Verurteilung wegen Meineids mit Ausnahme der Fälle in den §§ 157 u. 159 auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkernen „ist"). Nach § 170 Z. 3 der österreich. St.-P.-O. sind auch eidesunfähig (bei sonstiger Nichtigkeit des Eides) „diejenigen, welche schon einmal wegen falschen Zeugnisses oder falschen Eides verurteilt worden sind." Wenn nun solche Personen unbeeidigt vernommen werden, so wird ihr Zeugnis, auch wenn es das einzige Beweismittel wäre, wenig glaubwürdig sein; nach § 170 Ziff. 7 der österreich. St.-P.-O. sind eidesunfähig auch Personen, welche in ihrem Verhöre wesentliche Umstände angegeben haben, deren Unwahrheit bewiesen ist und worüber sie nicht einen blofsen Irrtum nachweisen können.

es freilich genügen, dafs sie wenigstens auf die weltliche Zwangspflicht des Eides aufmerksam gemacht worden sind und, wenn sie auch bei der Beteuerungsformel sich nichts weiter denken mögen, doch das Versprechen oder die Versicherung der Wahrheitsangabe unter Aufsichnahme der Folgen falscher Eidesleistung in den Worten: „Ich schwöre“ abgegeben haben.

δ) Dafs die Aussagen ganz unbekannter Zeugen mit Vorsicht aufzunehmen seien, ist eine alte Regel, über welche man um so weniger hinwegkommt, als die Mittel zur Erforschung der Glaubwürdigkeit nicht gerade häufig, und aufserdem, wenigstens im Strafverfahren*), die Fristen dazu sehr knapp sind.

c. Von Einflufs auf die Beweisfähigkeit eines Zeugen sind seine Beziehungen zu der bestimmten Rechtssache, zu der er zu vernehmen war. Ein Recht der Zeugnis- und Eidesverweigerung ist in den deutschen Prozefsgesetzen einmal wegen des persönlichen Verhältnisses zwischen Zeugen und Partei und wegen der möglichen Rückwirkung der Zeugnislegung auf die Verhältnisse des Zeugen und seiner Angehörigen anerkannt, was für die Beweisführung nicht weiter in Frage kommt, als dafs sie darauf zu sehen hat, dafs ein berechtigter Weise abgelegtes Zeugnis bez. dessen Inhalt nicht auf Umwegen in die Verhandlung (durch Protokollverlesung oder Vernehmung richterlicher und anderer Personen über den früheren Zeugnisinhalt) eingeführt und benutzt werde**).

Die persönlichen Beziehungen der Zeugen zu einer Rechtssache einschliefslich zu den sie führenden Parteien sind

*) Deutsche St.-P.-O. § 221, österreich. St.-P.-O. § 222. Die Beweisfähigkeit wohl bekannter Persönlichkeiten übertrifft die gänzlich unbekannter selbstverständlich, wenn man den einzig Gewähr bietenden Mafsstab, wie Heusler a. a. O. S. 316 für die Schätzung der Glaubwürdigkeit in der Kenntnis der Zeugenpersönlichkeit sucht und dem sonstigen Auftreten vor Gericht, der Art und Weise der Aussageerstattung, der Sicherheit in der Antworterteilung u. s. w. keinen Wert beilegt und davon ausgeht, „dafs man in 99 von 100 Fällen die Zeugenaussagen ohnedies so wie so gar nicht wägen“ könne.

**) Vergl. z. B. R.-G. Feriensenat im Urt. v. 7./IX. 1880.

natürlich von Einfluſs auf die Beweisfähigkeit in zweifacher Richtung: einmal büſst eine Aussage an Glaubwürdigkeit ein, wenn sie in einer Richtung abgelegt ist, welche einem für eine falsche Aussage wirksamen Beweggrund entspricht, dann andererseits gewinnt sie an Glaubwürdigkeit, wenn das Gegenteil der Fall wäre. Überall kommt hier der Wille, die Wahrheit zu sagen, in Frage.

α. Ein unmittelbares, eigenes Interesse am Ausgang der Rechtssache kann möglicherweiee den Zeugen der Beweisfähigkeit ganz berauben, sie wenigstens beschränken*).

Von dem zutreffenden Satz ausgehend, daſs die deutsche St.-P.-O. auf die Vernehmung keiner Person verzichtet, welche eigene Wissenschaft von rechtserheblichen Thatsachen hat, fragt es sich bei den als Kläger im Strafverfahren auftretenden Personen, ob sie auch als Zeugen vernommen werden können? Für den Staatsanwalt, welcher im Vorbereitungsverfahren von den weitgehenden, fast richterlichen, Befugnissen Gebrauch gemacht, Besichtigungen vorgenommen, Zeichnungen darüber entworfen, Zeugen, selbst Angeschuldigte vernommen und Protokolle darüber zu den Untersuchungsakten gebracht hat, tritt diese Frage dann heran, wenn über alle diese Dinge nicht nochmals seitens des Untersuchungs- oder eines beauftragten Richters richteramtliche Feststellungen zu den Akten gebracht worden sind; denn zur Verlesung können und dürfen jene staatsanwaltlichen Protokolle sowenig kommen, wie das erkennende Gericht von einer solchen Zeichnung des Staatsanwalts Notiz nehmen darf. Hier kann es sich notwendig machen, daſs der Staatsanwalt des Vorverfahrens in der Hauptverhandlung als solcher gar nicht auftreten, wenigstens

*) Nach § 358 Z. 4 der deutschen Z.-P.-O. sind solche Zeugen wenigstens nicht eidlich zu vernehmen. Vergl. die Kommentare. Die Vernehmung eines solchen Zeugen darf nicht von vornherein abgelehnt werden, denn die unbeeidigte Zeugenaussage ist an sich so gut Beweismittel wie die beeidigte und kann selbst einen gröſseren Wert als letztere haben; aber das Interesse des Zeugen am Ausgang der Sache ist stets ein das Zeugnis beschränkendes Hindernis bei der Beweiswürdigung.

in seiner Eigenschaft als amtliche Wahrnehmungsperson keine Mitteilungen wie eine Zeuge machen darf, sondern zur Feststellung dessen, was auf seiner Wahrnehmung beruht, nur als Zeuge zu vernehmen ist, mithin nicht gleichzeitig Vertreter der Klagepartei sein kann, sowenig wie ein Privatankläger nach § 414 der deutschen St.-P.-O*). Dafs dagegen der Nebenkkläger als Zeuge vernommen werden könne, durch einen Beschlufs des Gerichts, ihn zeugeneidlich zu vernehmen, oder auf Antrag einer Partei, ist durch das Urteil der vereinigten Strafsenate des deutschen Reichsgerichts vom 25./X. 1880 festgestellt. Die Unmöglichkeit, Mitbeschuldigte im Strafprozefs gegen oder für einander als Zeugen zu vernehmen, liegt in ihrer Stellung und auch selbst in dem Fall, wenn nur in mittelbarem Zusammenhang stehende Strafsachen (z. B. ein objektiv konnexer Fall mit einem subjektiv konnexen) zusammen in einer einzigen Verhandlung verhandelt werden, wobei ein im ersten Fall als Mitbeschuldigter behandelter Angeklagter in dem weiteren Fall nicht beteiligt erscheint**), tritt sie hervor. Nur eine Trennung nach § 4 St.-P.-O. auf Antrag oder von Amtswegen durch Gerichtsbeschlufs könnte hier eine eidliche Vernehmung des letzteren ermöglichen. Wenigstens unbeeidigt können nach § 56 Z. 3 St.-P.-O. solche vernommen werden, „welche hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden That als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler verdächtig oder bereits verurteilt sind***).“

*) Dies geht aus der Streichung des § 348 des Entwurfs hervor, — worin der Privatkläger nach Befinden des Gerichts als Zeuge, selbst eidlich, zu vernehmen, gestattet sein sollte, auch daraus, dafs eine Erscheinungs- und Aussagepflicht teils nicht, teils anders als für Zeugen, anerkannt ist; s. v. Kries a. a. O. S. 138.

**) Vergl. R.-G. II. St.-S. im Urt. v. 9./V. 1881; s. auch v. Kries a. a. O. S. 139.

***) Vergl. § 250 Abs. 1 St.-P.-O., wo zwischen dem bereits und einem noch nicht Verurteilten unterschieden wird. Die von einem verurteilten Mitbeschuldigten erstattete Aussage ist, wenn ein solcher auch als Zeuge vernommen werden kann, noch keine Zeugenaussage,

Mit besonderer Vorsicht sind nicht blos die Aussagen der Beschädigten, sondern auch die der Anzeiger aufzunehmen. Freilich sind die ersteren oft nur die einzigen Zeugen und auch zugleich Anzeiger, wobei das Interesse ein zweifaches ist, einmal daran, dafs die Anzeige auch zu einer Verurteileng führe und nicht sozusagen „unter den Tisch falle“, dann auch, dafs die Sühne für die angethane Unbill erfolge — und in vielen Fällen auch noch das Interesse, dafs mit der Verurteilung die Grundlage für einen daran zu knüpfenden Zivilanspruch verbunden sein kann; nicht selten ist es nur auf letzteren abgesehen und die Anzeige erstattet, um in Unsicherheit über die zivilprozessualische Durchführbarkeit von Rechtsansprüchen sich wenigstens mit Hilfe des Strafverfahrens Beweismittel und Beweise zu verschaffen, z. B. bei angeblichen Unterschlagungen, Diebstählen, Betrügereien, wo Eigentumsansprüche, Selbsthilfeakte, Retentionsrechte u. dgl. in Frage stehen. Zuweilen bildet der Strafprozefs nur die Fortsetzung eines verlorenen Zivilprozesses, z. B. in Untersuchungen wegen Meineids, wo der unterlegene Teil alles daran setzt, den Gegner durch seine eigene Aussage „meineidig zu machen“.

Für die Beurteilung der Beweisfähigkeit eines Anzeigers, welcher nicht auch Beschädigter ist, kommen der Beweggrund und etwaige Folgen einer Untersuchungseinleitung zur Berücksichtigung; liegt der Anzeige eine Pflichterfüllung oder der Gebrauch eines gesetzlich (§ 156 der deutschen, § 86 der österreich. St.-P.-O.) zugestandenen Rechts dazu zugrunde, oder ist sonst ein edlerer Beweggrund, wie sittliche Entrüstung, Gerechtigkeitsgefühl, Warnung oder Exempelstatuierung vorhanden, dann ist ein Bedenken gegen die Zeugnisfähigkeit bez. Glaubwürdigkeit eines Anzeigers nicht zu hegen, wohl aber, wenn man Rache, Gehässigkeit, Feindschaft oder vollends Eigennutz durch Schädigung des Ange-

wenn er verstorben oder inzwischen geisteskrank geworden (vor seiner Vernehmung als Zeuge), daher kann insoweit die Vorschrift über Verlesung der Zeugenprotokolle nicht angewendet werden.

zeigten als Interesse des Anzeigers annehmen darf; gänzlich verliert ein Anzeiger als Zeuge seine Beweisfähigkeit, wenn festgestellt würde, dafs er, wie man zuweilen zu hören bekommt, sich selbst als Zeuge um Vorteils willen oder zur Vermeidung eines Nachteils angeboten habe oder, um Zeugengebühren zu verdienen, sich als Zeuge wenigstens zu erkennen gegeben habe*).

Übrigens ist nicht stets die Zusicherung oder vorausgegangene Gewährung eines Vorteils an einen Zeugen, z. B. bei öffentlichen Auslobungen für die Entdeckung eines Übelthäters, ein Grund für die Annahme, dafs ein solcher Zeuge, der infolge dessen hervortritt, während er ohne dies sein Zeugnis verborgen gehalten haben würde, nicht auch die Wahrheit aussagen möchte und würde; davon ist die Bestechung zu falschen Angaben zu unterscheiden, welchenfalls eine öffentliche Klage wegen Begünstigung der fr. Strafthat bevorstehen würde; immerhin ist der Fall, in welchem der Zeuge eine Belohnung annimmt oder fordert für eine Aussage in bestimmter Richtung nicht mit dem gleichzustellen, in welchem überhaupt jenes für die Angabe der Wahrheit geschehen ist; jedoch bedenklich erscheint auch das letztere, wenn die Aussage zugunsten des Gebers oder zum Nachteil seines Gegners ausfällt.

β) Das mittelbare Interesse, welches ein Zeuge an der fragl. Rechtssache haben kann, ist nicht sein eigenes, sondern das am Rechtsstreit beteiligter Personen, das er bei seiner Aussage im Auge haben mag, welches daher auch seine Ausschliefsung vom Zeugeneide begründet; es ist ein viel häufiger vorkommendes, oder vielmehr sich verbergendes, als man zu glauben geneigt ist. Nicht blos rein persönliche Rücksichten

*) Nach § 170 Ziff. 6 der österreich. St.-P.-O. sind Personen, die mit dem Beschuldigten, gegen welchen sie aussagen, in einer Feindschaft leben, welche nach Mafsgabe der Persönlichkeit und mit Rücksicht auf die Umstände geeignet ist, die volle Glaubwürdigkeit auszuschliefsen, eidesunfähig.

**) Quintilian l. c. XII. 7: Accusatoriam vitam vivere et ad deferendos reos praemio duci, proximum latrocinio est.

für andere, Vermögens- oder Ehr-Interessen, sondern auch allgemeinere für politische oder religiöse Parteiinteressen, für wissenschaftliche und Prinzipienfragen, wirken bestimmend mit ein*).

In Zivil- und in Privatanklage-Prozessen teilen sich oft allzu greifbar die Zeugen in zwei Parteilager und schon aus der leichten Gereiztheit der Zeugen gegeneinander läfst sich ein Bedenken gegen ihr Bestreben, nur die reine Wahrheit „ohne Gunst und ohne Hafs“ zu sagen, erheben; zeigt sich aber vollends bei den Zeugen, wie oft in Erb- und Familien-, in Nachbar-, politischen Partei- und ähnlichen Prozessen, eine Parteileidenschaftlichkeit, dann sind ihre Aussagen sogar fast unbrauchbar**). Die Bereitwilligkeit von Zeugen, denen laut Gesetzesvorschrift ein Recht der Verweigerung des Zeugnisses oder der ihm nach Erstattung nachfolgen sollenden Vereidung zusteht, doch Zeugnis ablegen zu wollen, läfst annehmen, dafs sie nur Günstiges aussagen können oder wollen, auch wenn sie, wie im Strafverfahren, noch keine Kenntnis von den Beweissätzen erhalten haben, weil sie sonst die Möglichkeit, eine ungünstige Aussage für die eine Partei, etwa einen Angeklagten, erstatten zu müssen, wenn sie eidlich

*) Die Grenzscheide zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Interesse ist schwer zu finden, da § 358 Ziff. 4 Z.-P.-O. keine juristisch-technische oder auch im gewöhnlichen Sprachgebrauch unzweifelhafte Bedeutung des unmittelbaren Interesses festzustellen vermocht hat und die Doktrin durchaus schwankt und vorwiegend angenommen wird, nur die Parteien besäfsen ein unmittelbares Interesse am Ausgang des Prozesses, ein mittelbares alle diejenigen, welche als Nebenintervenienten aufgetreten oder aufzutreten berechtigt seien. Das Gesetz versteht unter den im § 358 Ziff. 4 bezeichneten Personen nicht solche, welche nur ein faktisches wirtschaftliches Interesse an der Thatsache der Entscheidung haben, sondern nur solche, deren Rechts- oder Pflichtenkreis im rechtlichen Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und durch den Ausgang des Rechtsstreites beeinflufst wird; vergl. R.-G. I. Z.-S. im Urt. v. 15./XI. 1882 (auch der Kridar).

**) Fast alles, was man bei Cicero und Quintilian über den Zeugenbeweis findet, ist unbrauchbar, da die Prozesse ihrer Zeit ein in Hafs, Ehrgeiz, Verleumdung und Leidenschaftlichkeit geführter Vernichtungskrieg zwischen den Parteien und ihren Zeugen war, wobei alle möglichen Kunstgriffe gebraucht zu werden pflegten, besonders in den interrogationes.

oder der Wahrheit entsprechend aussagen sollten, nicht von sich gewiesen und von ihrem Verweigerungsrecht lieber Gebrauch gemacht haben würden. Aus der Ablehnung aber einen Schlufs auf den Grund, etwa auf die Wahrscheinlichkeit einer dem Angehörigen nachteiligen Aussage, ziehen zu wollen, ist gänzlich unzulässig; umgekehrt freilich gewinnt eine dem Angehörigen nachteilige Aussage eines Zeugen an Glaubwürdigkeit, wenn sonst kein weiterer Verdacht für einen absonderlichen Beweggrund, vom Recht der Zeugnisverweigerung ungeachtet der vorschriftsmäfsig vorausgegangenen Rechtsbelehrung keinen Gebrauch zu machen*), vorliegt, weil etwa der Zeuge in Nichterkenntnis der Tragweite seiner Aussage oder aus Pflichtgefühl, vor Gericht die Wahrheit ganz und voll sagen zu müssen, seine Aussage erstattet hat. Jedenfalls ist, falls Zeugen zum Nachteil der Angehörigen aussagen und dies wissen, nach der inneren Veranlassung, ob Schadenfreude, Gehässigkeit, Egoismus u. dgl. der Beweggrund ist, zu forschen, ohne dafs man deshalb Verdacht gegen die Wahrhaftigkeit des Zeugen oder Übertreibung oder das Bestreben der Abminderung einer Verschuldung zu hegen braucht**).

In Abhängigkeitsverhältnissen („wessen Brod ich esse, dessen Lob ich singe“), in denen engerer Freundschaft oder grösserer Feindschaft, oder des Konkurrenzneides, Hasses, der

*) Die in § 51 Abs. 2 der deutschen St.-P.-O. angeordnete Belehrung über das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses, bezw. der Beeidigung eines doch erstatteten oder zu erstattenden Zeugnisses ist eine auf allgemeiner Vorschrift beruhende und nicht blos die Rechte des Zeugen berührende, auch bei Vernehmung von Personen, welche nach § 56 Ziff. 1. das. wegen Eidesunmündigkeit nicht eidlich zu vernehmen sind. Es ist die Unterlassung einer solchen Belehrung ein Revisionsgrund, wenn das Urteil ganz oder zum Teil auf der Aussage eines nicht belehrten, ablehnungsberechtigten Zeugen beruht. R.-G. Urt. 7./X. 1880.

**) Die Beeidigung, welche nach deutschem Prozefsrecht vorerst ausgesetzt werden kann, darf vom Zeugen schliefslich abgelehnt oder vom Gericht ganz unterlassen werden, während nach der österreich. St.-P.-O. freiwillig als Zeugen aussagende Angehörige zu vereiden sind.

Schadenfreude u. s. w. wird stets ein Bedenken nicht zu unterdrücken sein, vollends in Zeiten erregter Leidenschaftlichkeit.

2. Bei Prüfung des Beweiswertes oder der Beweiskraft der Zeugenaussagen, deren Inhalt den Beweisgrund bildet, kommt nächst der Beweisfähigkeit der Zeugen zweierlei in Frage: die äufsere Bürgschaft für die Verläfslichkeit in der Zeugenvernehmung und dann die innere Gewähr in der Beschaffenheit der Aussage, besonders in der Übereinstimmung des Aussageninhaltes in seinen Teilen und dessen Beziehung zum Beweissatz.

a. Bei der Vernehmung der Zeugen sind folgende Punkte ins Auge zu fassen:

α) Auffallender Weise wird die Identität der Zeugen durch Prüfung ihrer Ausweisung (Legitimation) als derjenigen, welche wirklich als zu vernehmende Auskunftspersonen vorgeschlagen und zu laden waren, oftmals gar nicht festgestellt und erst bei der Vernehmung zur Sache stellt sich ein Irrtum in der Person heraus. Die Vorzeigung der Ladung selbst wäre stets in der Verhandlung das erste, was bei dem Auftreten eines Zeugen vor Gericht zu fordern wäre, wenn unbekannte Zeugen erscheinen*). Dadurch wird freilich noch nicht ausgeschlossen, dafs auch falsche, zur Aussage unterrichtete, etwa gleichnamige Zeugen sich mit einer Ladungsurkunde ausweisen. Ein weiterer Schutz gegen Täuschung ist nur darin zu finden, dafs stets der allgemeinen Befragung über die Personalien zur Feststellung namentlich der Identität, wie in den Gesetzen auch gemeint ist, was aber zuweilen übersehen wird, die Beeidigung vorausgehe**). Bei den

*) Es ist daher ganz zweckmäfsig, wenn auf der Ladungsurkunde die Bemerkung steht, dafs Zeuge diese zur Verhandlung mitzubringen und vorzulegen habe, weil sonst der Identitätsbeweis oft schwer zu erbringen ist, wenn das Gericht Bedenken tragen müfste.

**) Die aus §§ 60 und 67 der deutschen St.-P.-O. sich ergebende Vorschrift, dafs die Zeugen vor ihrer Vernehmung auch über die Personalien zu vereidigen sind, hat nur reglementäre Bedeutung, da die Beeidigung aus besonderen Gründen vorerst ausgesetzt werden kann und dann, wenn sie nachträglich erfolgt, sich auch auf die An-

zur Verhandlung in Strafsachen von den Parteien (meist dem Angeklagten) selbst mitgebrachten oder sonst sich freiwillig, etwa aus dem Zuhörerraum, anbietenden Zeugen, welche nicht bekannt sind, ist daher besondere Vorsicht nötig.

Vorbereitet wird die Vernehmung sachlich dadurch, dafs in der Ladung genau der Rechtsfall nach Personen und Gegenstand und im besonderen nach § 342 der deutschen Z.-P.-O. „die Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll", zu bezeichnen sind und der Geladene daher seine Erinnerungen als Zeuge sammeln und prüfen kann, was er „vor Gott und den Menschen" aussagen und zu vertreten imstande sei*).

gaben über die Personalien miterstreckt. R.-G. Feriensenat im Urt. v. 12./IX. 1880. Nach R.-G. II. St.-S. im Urt. v. 30./XI. 1880 soll die Befragung über die Personalien bei nachträglicher Beeidigung wiederholt werden. Die Beeidigung soll sich auch auf die in § 67 St.-P.-O. vorgeschriebenen allgemeinen Zeugenfragen erstrecken; durch Stellung dieser vor der Beeidigung, wenn sie sich auf die Glaubwürdigkeit beziehen, wird, da sie nur erforderlichen Falles zu stellen sind, eine Aufhebung des Urteils nicht veranlafst, wenn nicht ersichtlich ist, dafs die Beantwortung der notwendigen Fragen die Unterlassung der Vernehmung herbeigeführt hätten oder sonst das Urteil dadurch beeinflufst wurde (R.-G. III. St.-S. im Urt. v. 27./X. 1880). Wenn aus dem Protokolle über die Hauptverhandlung nicht hervorgeht, dafs die Zeugen auch die Erklärungen über ihre Personalien unter Eid abgegeben haben, so kann mit dieser Behauptung die Revision nur begründet werden, wenn geltend gemacht wird, dafs bezüglich der Identität oder Eidesfähigkeit unrichtige Angaben gemacht seien, die durch eine Beeidigung würden klar gestellt worden sein (R.G. III. St.-S. im Urt. v. 29/I. 1881). Nach § 247 Abs. 2 der österreichischen St.-P.-O. ist die Zeugenbeeidigung nach Beantwortung der allgemeinen Fragen und vor der weiteren Vernehmung zu bewirken.

*) Es ist oft recht zweifelhaft, ob einem vorbereiteten Zeugnis ein Vorzug vor einem nicht vorbereiteten zu geben sei? Kann letzteres leicht obenhin und unüberlegt nach Inhalt und Form, auch unvollständig, erstattet werden, so macht ersteres dagegen oft den Eindruck eines auswendiggelernten — und vielleicht eingeflöfsten oder mit anderen besprochenen Zeugnisses, in welches auch fremde Auffassungen und Urteile sich hineinmischen. Daher ist in den Zeugenvorfragen stets auch die von Bedeutung, ob der Zeuge rücksichtlich seiner Aussage mit jemandem Rücksprache genommen oder sich verständigt habe? Heusler a. a. O. S. 317: „Wie manches käme anders heraus, wenn man es dazu bringen könnte, dafs die Zeugen bis zu dem Augenblick ihrer Abhörung gar nicht wüfsten, dafs und worüber sie Zeugnis ablegen sollen."

β) Die gröfste Gewähr für die Wahrhaftigkeit eines Zeugen bei seiner Vernehmung ist die Beeidigung, welche auch in den neueren Gesetzen als Regel festgehalten worden ist; insofern gilt das positive Beweisrecht, auf das hier zu verweisen ist und welches von der Vermutung getragen wird, dafs der Zeuge mit der Vereidung sich zur Wahrheitsangabe gezwungen fühle und erachte. Die Beweisführer haben sorgfältig darüber zu wachen, dafs auch alle vorgeschriebenen Förmlichkeiten der Erfüllung der Eidespflicht und Vereidigung gewahrt werden, z. B. die Bekräftigungsformel: „So wahr mir Gott helfe!“, was leicht vorkommt, nicht weggelassen werde u. dgl. m.*) Der freien Beweiswürdigung bleibt es ganz überlassen, ob sie einem beeideten oder nicht beeideten Zeugnis Wert beilegen mag oder nicht**); leider kommen viele Fälle

*) Durch der gesetzlichen Eidesformel beigefügte Zusätze, welche der Beteuerung keinen Eintrag thun, wird die Wirksamkeit des Eides nicht beeinträchtigt; R.-G. im Urt. v. 24./I. 1884.

**) Nach deutschem Strafprozefs sind in der Hauptverhandlung alle Zeugen, deren Beeidigung nach §§ 56 u. 57 St.-P.-O. nicht ausfällt, eidlich zu vernehmen und der Grund der Nichtbeeidigung ist in dem zu fassenden Gerichtsbeschlusse anzuführen; ein Urteil, das auf einer Zeugenaussage beruht, welche unter Nichtbeachtung dieser Regel erhoben wurde, ist aufzuheben; Urt. des R.-G. v. 21./IV. u. 10./XI. 1880. Auch nach § 356 der deutschen Z.-P.-O. ist jeder Zeuge, auch wenn er sich als unglaubwürdig in seiner Aussage erwiesen hätte, zu vereiden, ausgenommen in den Fällen des § 358 und wenn die Parteien auf die Beeidigung verzichten, welchenfalls der Richter den Zeugen nicht vereiden darf. Das Gesetz hat insofern den Parteien eine formelle Gewähr für Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen bieten wollen und deshalb das richterliche Ermessen insoweit ausgeschlossen. Die deutsche Z.-P.-O. unterscheidet nach R.-G. IV. Z.-S. im Urt. v. 28./XII. 1883 drei Klassen von Zeugen in bezug auf deren Beeidigung: 1. Zeugen, welche mangels Verzichts der Parteien auf die Beeidigung stets zu beeidigen sind — die Regel des § 356; 2. Zeugen, welche niemals beeidigt werden dürfen — § 358 Ziff. 1 u. 2, und 3. Zeugen, deren nachträgliche Beeidigung das Prozefsgericht anordnen kann — § 358 Ziff. 3 u. 4. Stützt der Richter seine Überzeugung auf die Aussage eines nichtbeeidigten Zeugen der ersten Klasse, so verletzt er die §§ 355 und 259, da in diesem letzteren § unter „einer etwaigen Beweisaufnahme“ nur eine den Vorschriften des Gesetzes entsprechende Beweisaufnahme zu verstehen ist; insofern enthält jene Regel eine Beschränkung der freien Beweiswürdigung. Eine solche Verletzung liegt nicht vor, wenn der Richter seine Überzeugung auf die Aussage eines nicht beeidigten Zeugen der dritten Klasse gründet, dessen Beeidigung er nach seinem freiem Ermessen ganz unterläfst. Mithin hat

vor, in denen man dem ersteren gar keinen Wert beizumessen vermag, während umgekehrt man nicht selten einem unbeeideten wegen seiner ganzen inneren Macht und seiner Übereinstimmung mit anderen Beweisergebnissen vollen Glauben schenken mufs. Ganz und gar nur von dem einzelnen Fall abhängen kann die Beurteilung eines Mangels der eidlichen Erhärtung einer Zeugenaussage für die Beweiswürdigung, so besonders auch in den Fällen, in welchen nach Gesetzesvorschrift eine mündliche Vernehmung eines Zeugen in der Verhandlung durch Verlesung einer, in der Voraussicht späterer Beeidigung wie der Möglichkeit einer Berichtigung erstatteten, Protokollaussage ersetzt werden mufs*).

Ob die Beeidigung der Zeugenaussagen dieser vorausgegangen (promissorische) oder ihr nachgefolgt (assertorische) ist, bleibt für die Beurteilung des Beweiswertes gleich, wenn man auch behaupten möchte, dafs der Zeuge etwa auf Nichtvereidung rechnend es mit Rücksicht auf diese Möglichkeit nicht genau mit der Wahrheit genommen haben dürfte. Die Bestärkung der Glaubwürdigkeit einer eidlichen Aussage durch ihre Wiederholung und Übereinstimmung in einer höheren Instanz (der Berufung) oder im Strafverfahren in der Hauptverhandlung, nachdem bereits zur Wahrheitsermittelung im Vorverfahren dem Zeugen der Eid abgenommen worden war, braucht wohl kaum erwähnt zu werden, wie umgekehrt die Abschwächung bis zur Unbrauchbarkeit, wenn zwei eidliche Aussagen dieser Art sich nicht mit einander vereinigen lassen, was gar nicht zu den grofsen Seltenheiten in der Berufungsinstanz beider Rechtsverfahren gehört.

Unterstützt wird die in der Vereidung der Zeugen liegende Gewähr durch die an alle Zeugen zusammen oder

der Richter die freie Würdigung der Aussagen solcher Zeugen, welche unbeeidigt geblieben sind, weil das Gericht ihre nachträgliche Beeidigung nicht für angemessen oder erforderlich erachtet oder weil das Gesetz die Beeidigung überhaupt nicht zuläfst — § 358 Ziff. 1 u. 2.

*) Vergl. § 250 der deutschen und § 252 der österreichischen St.-P.-O.

vor ihrer einzeln erfolgen sollenden Vernehmung an den einzelnen zu richtenden Belehrung über die Bedeutung und Heiligkeit des Eides und die Ermahnung zur wahrheitsgemäfsen Aussage mit der Verwarnung vor falscher Eidesleistung unter Hinweis auf die zeitigen und ewigen Strafen einer solchen, welche im einzelnen Fall eine recht dringende sein darf um so mehr, als heutigen Tags die Achtung vor dem Eide vielfach abgenommen zu haben scheint*). Was dabei aber sehr zu vermissen ist, mag hier noch kurz erwähnt werden. Es sollte dem Zeugen die Möglichkeit einer Berichtigung einer etwa der Wahrheit zuwiderlaufenden Aussage in der Verhandlung nahe gelegt und der Zeuge nicht in den Bann der Furcht oder Nichtachtung einer etwa strafrechtlichen Verantwortung gehalten, sondern ihm unter allen Umständen der Rücktritt von zu weit gehenden oder das Nachholen von unterdrückten oder übersehenen Angaben möglich gemacht werden, und zwar erst mit dem endlichen Schlufs der Beweisaufnahme wäre das Delikt der falschen Aussage als beendet anzusehen (§ 158 des deutschen R.-G.-B.'s), so dafs bis dahin der Rücktritt straflos machte ev. mittels Wiedereröffnung der Beweisaufnahme auf Antrag des betreffenden Zeugen, selbst noch der Rücktritt möglich gemacht würde, wenn ein Zivil- oder Strafgericht, weil ihm ein Meineid begangen zu sein scheint, sofort den Thatbestand zu Protokoll feststellte und die vorläufige Festnahme des falschen Zeugen anordnete**).

γ) Eine weitere äufsere Bürgschaft für die Wahrhaftigkeit eines Zeugnisses liegt in der Unmittelbarkeit der Zeugenvernehmung vor dem Erkenntnisgericht in Gegenwart der Parteien, welche die Möglichkeit haben, Fragen mittelbar oder

*) Die Unterlassung einer solchen Hinweisung begründet nicht die Anfechtung des Urteils, welches sich auf die betr. Aussage stützt; R.-G. I. St.-S. im Urt. v. 8./V. 1882. Jene Vorschrift über die Eidesleistung und Verwarnung vor falscher Eidesleistung ist also nur instruktiver Natur.

**) Österreich. St.-P.-O. § 277 vergl. mit § 278. Vergl. § 185 des deutschen G.-V.-G.

unmittelbar an den Zeugen zu richten, Berichtigungen und Aufschlüsse von Zeugen zu verlangen, Vorstellungen zu machen, auch Gegenüberstellungen mit anderen Zeugen zu veranlassen, kurzum zur Ermittelung der Wahrheit mitzuwirken*). Die Beobachtungen, welche hier die Beweisführer machen und womöglich feststellen lassen, damit sie im Vortrag nicht als blos einseitig gemachte erscheinen, vom Gegner auch nicht in Abrede gestellt werden können, sind gehörig für die Beurteilung des Wertes einer Zeugenaussage hervorzuheben. Hier können die Parteiredner sich noch eher auf den persönlichen und Gesamteindruck beziehen, den eine Zeugenvernehmung auf sie gemacht hat, in Erwartung, dafs er vom Gegner oder dem Gericht geteilt wird oder nicht, als dies bei der innerhalb der gesetzlichen Schranken ausnahmsweise und zum Ersatz der Unmittelbarkeit zu geschehenden Verlesung gerichtlich zu Protokoll aufgenommenen Zeugenaussagen erfolgen kann, indem dort sich nur Vermutungen aus der Art und Weise des gefafsten Ausdruckes, hier aber selbst gemachte Wahrnehmungen und Auffassungen aussprechen lassen, die sich an dasjenige knüpfen, was der Gegner so gut wie das Gericht zu sehen und zu hören bekommen hat.

δ) Von der Art und Weise der Zeugenvernehmung hängt aufserordentlich viel ab und es kann bei der Beweisführung nicht ausbleiben, dafs an jenen, wenn die Parteiredner sich keine Eingriffe während der Vernehmung gestattet haben,

*) R.-G. III. Z.-S. im Urt. vom 21./III. 1881 hat ausgesprochen, dafs es unter Umständen zwar statthaft sei, eine zu anderen Akten schon vorhandene Aussage im Wege des Urkundenbeweises, dessen Inhalt jedoch vorgetragen werden müsse, zu verwerten, dafs jedoch nie die Aufnahme eines angetretenen Zeugenbeweises gerichtsseitig ersetzt werden dürfe durch Berücksichtigung einer anderweit schon vorhandenen Aussage, z. B. wenn ausgesprochen wäre, der angetretene Beweis bedürfe nicht einer nochmaligen Aufnahme, weil er bereits zu anderen (Untersuchungs-) Akten aufgenommen und dort mifslungen sei. Auch die blofse Wahrscheinlichkeit eines erfolglosen Ausfalles einer beantragten Vernehmung könne nicht zur Ablehnung derselben berechtigen, sondern nur dann, wenn alle behufs Ermittelung der Wahrheit zu Gebote stehenden Mittel erschöpft seien.

wozu sie jedenfalls als Mitwirkende berufen sind, bei der Beweiswürdigung ihrerseits einer Kritik infolge der ihnen zustehenden Überwachung geübt werde.

Vor dem Beginn der „Vernehmung zur Sache“ sind Personen, denen ein Recht zur Verweigerung der Aussage und der Beeidigung zusteht, hiervon nach Gesetzesvorschrift in Kenntnis zu setzen, jedenfalls auch von dem Recht, die Beeidigung ablehnen zu dürfen, wenn sie aussagen wollen, aber die letztere vorerst ausgesetzt worden war und dann nachzuholen versucht werden soll, wobei sonst zuweilen, wenn hier die Belehrung unterbleibt, die Zeugen vermeinen, der Beeidigung nicht widersprechen zu dürfen*); deshalb haben die Parteiredner hier auf Wahrung der Gesetzesvorschrift recht sehr zu achten, da im Fall der Versäumung der einen wie der anderen Belehrung ein Grund zur Aufhebung des Urteils, das von einer solchen Aussage Gebrauch gemacht hat („darauf beruht“) gegeben ist, welcher nachträglich von einer Partei geltend gemacht werden könnte**). Die Unterlassung einer gleichen Belehrung von Zeugen über ihr Recht, die Beantwortung einzelner Fragen oder das Zeugnis über Punkte, welche ihnen oder einem Angehörigen die Folge einer strafgerichtlichen Verfolgung bereiten (nach § 349 der deutschen Z.-P.-O. auch etwa „zur Unehre gereichen“) könnte, ist zwar kein Revisionsgrund***), weil die Belehrung über jenes Recht nicht ausdrücklich in den Prozeſsordnungen vorgeschrieben ist, allein man wird mit Recht gegen die Verwertung einer Aussage über derartige Punkte Einspruch erheben dürfen, da

*) Nach dem Urteil des R.-G. v. 5./X. 1883 zu § 57 der deutschen St.-P.-O. muſs, wenn auch die Belehrung über das Recht zur Zeugnisverweigerung vorausgegangen war und der Zeuge sich vernehmen lieſs, doch auch noch eine Belehrung über das Recht der Eidesverweigerung an den Zeugen ergehen.

**) R.-G. Feriensenat im Urt. v. 5./VII. u. 20./IX. 1880; der das angeführte Grund, es sei möglich, daſs bei erfolgter Belehrung das Zeugnis verweigert werden würde, trifft durchweg bei allen Personen zu, denen ein Recht der Zeugnisverweigerung im Ganzen oder im Besonderen eingeräumt ist.

***) R.-G. Urt. v. 31./V. 1881 zu § 54 der deutschen St.-P.-O.

anzunehmen ist, dafs sie nicht erstattet worden sein würde, wenn der Zeuge sein Recht zur Zeugnisverweigerung gekannt hätte. Sollte der Vorsitzende bei der Vernehmung des Zeugen es aus Versehen oder absichtlich und in der Meinung, der Zeuge müsse die Gesetzesvorschrift kennen und brauche deshalb nicht darüber belehrt zu werden, die Belehrung unterlassen, so können die Parteien den Zeugen jedenfalls selbst darauf aufmerksam machen und den Vorsitzenden von der Anwendung des Zeugniszwanges abhalten, wodurch dann jedenfalls die Frage über die Benutzung eines insoweit ohne Belehrung abgelegten Zeugnisses abgeschnitten wird*).

Bei der „Vernehmung zur Sache" ist das erste und Haupterfordernis, dafs der Zeuge die Beweissätze, zu denen er zu vernehmen ist, bestimmt vorgelegt erhalte; diese zu erfahren, hat er, wie das deutsche Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, ein prozessualisches Recht, welches in der Zivilprozefsordnung § 342 schon darin eine ausdrückliche Anerkennung gefunden hat, dafs den Zeugen die Thatsachen, worüber sie zu vernehmen, zu bezeichnen sind, was durch Abschrift derjenigen Sätze zu geschehen pflegt, welche im Beweisbeschlufs auf ihre Wissenschaft gestellt sind. Die Art

*) Diese Frage kommt z. B. in der Praxis öfters vor, wenn es sich um einen etwa als Ehebruch zu verfolgenden geschlechtlichen Umgang handelt bei einem im Strafverfahren abzuhörenden Zeugen. Hierbei liegt die objektive Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung zunächst vor dem Ergangensein eines rechtskräftigen Scheidungsurteils und einem darauf gestützten Strafantrag noch nicht vor, aber die Veranlassung zum Scheidungsprozefs und seinem Ausgang ist mit der Zeugniserstattung gegeben und damit die weitere Möglichkeit einer strafgerichtlichen Verfolgung, wodurch der Zeuge schon gefährdet und leicht zur falschen Aussage und zum Meineid verleitet wird, was offenbar das Gesetz eben hat vermeiden wollen; es handelt sich um den Konflikt in der Vorstellung des Zeugen, der ihm gefährlich werden kann, aber als eine irrige kann man sie nicht bezeichnen, sondern als eine durch das Hinzutreten der gar nicht unwahrscheinlichen Folgen der Aussage bedingte Gefahrvorstellung.

Während das Reichsgerichtsurteil v. 27./IX. 1880 den Zeugen nur das Recht zur Auskunftsverweigerung über die einzelnen gefährdenden Punkte zuerkennt, spricht das v. 9./X. 1880 das Recht zur gänzlichen Zeugnisverweigerung zu, läfst aber die Sachlage für einen auf deshalb gestellten Antrag zu fassenden und zu begründenden Gerichtsbeschlufs mafsgebend sein.

der Vernehmung dient allerdings sehr wesentlich zur sachgemäfsen Erfüllung der Aufgabe, ein lebensfrisches und getreues Bild in mündlicher, vielleicht durch mimische Darstellung unterstützter, Beschreibung der vom Zeugen selbst wahrgenommenen, thatsächlichen Vorgänge, regelmäfsig ohne Einmischung von Wahrnehmungen aus Hörensagen, von Ansichten, Meinungen, Vermutungen und Beurteilungen, zu geben. Darauf ist besonders zu achten, dafs die Grenze zwischen rein thatsächlicher und eigener Wahrnehmung und deren Erzählung, und Beobachtung mit Reflexion und der Wiedergabe der daraus hervorgehenden Folgerungen genau eingehalten werde, da erfahrungsmäfsig nichts leichter geschieht, als dafs das eine für das andere gehalten wird. Daher haben die Parteiredner schon bei der Vernehmung selbst dahin mitzuwirken, dafs bei der Feststellung der Zeugenaussagen jene Unterscheidung sorgfältig beobachtet werde.

Die Prozefsgesetze schreiben vor, dafs der Zeuge zu einer möglichst selbständigen und „zusammenhängenden Erzählung“ des Wahrgenommenen veranlafst werden möge — meistens in der Praxis ein mehr frommer Wunsch als Wirklichkeit, da die wenigsten Zeugen das Erhebliche zu beurteilen oder nicht in der notwendigen Anschaulichkeit, Genauigkeit und Kürze mitzuteilen vermögen, so dafs die Prozefsleitung mit Fragen, Erklärungen, Berichtigungen u. dgl. aushelfen mufs, um nach und nach durch Beantwortung des Zeugen dasjenige aus seinem Wissen fest- und zusammenzustellen, was erheblich für die Beurteilung und zum Beweise der einzelnen Sätze als brauchbar aus dem Mancherlei der Aussage hervortritt.

Darin besteht, wie jeder, der viele Zeugenvernehmungen zu leiten gehabt hat, ähnlich wie bei der richterlichen Augenscheinseinnahme, in Erfahrung gebracht haben wird, das Wesentliche, dafs unter Mitwirkung der Parteien das Ergebnis der Zeugenaussage für die Beweissätze richteramtlich festgestellt und meist auch zu Protokoll formu-

liert wird*), wenn letzteres, wie in den Hauptverhandlungen vor Strafkammern und Schwurgerichten, nicht geschieht, so erfolgt doch von den Vorsitzenden durch kürzliche Zusammenfassung der springenden Punkte aus der Zeugenmitteilung eine mündliche Feststellung, ganz besonders notwendig vor Geschworenen und Schöffen, um sie auf die Bedeutung der Kernpunkte jeder Aussage aufmerksam zu machen; aber auch vor den erkennenden Strafkammern ist diese Feststellung eine Notwendigkeit, weil auf ihr die einzige Kontrole über die Darstellung im Thatbestand und den Gründen eines Urteils beruht, welche die Parteien und anderen Gerichtsmitglieder haben. Gerade diese Feststellung ist nicht immer leicht und bildet den Gegenstand von Zwischenerörterungen, bis endlich eine Einigung der Beteiligten erzielt wird, wie nur die Auffassung und Darstellung eines Zeugen zu verstehen sei. Diese richteramtliche Feststellung ist es auch allein, welche den vor beauftragten oder ersuchten Richtern, vor den Amts- und Untersuchungsrichtern, stattgehabten Vernehmungen von Auskunftspersonen (Zeugen und Sachverständigen) zu Protokoll, die einzig beweiswirkende Kraft für das Erkenntnisgericht zum Ersatz der Unmittelbarkeit gewährt. Bei dem Vortrag

*) Gerade das wird bei allen Streitfragen, wie bei dem Augenschein, fast gänzlich unbeachtet gelassen, was doch in der täglichen Praxis das Greifbarste ist; die ganze beweisende Kraft des gerichtlichen Zeugnisses besteht darin, dafs die Wahrnehmungsfähigkeit und Möglichkeit, die Richtigkeit der Auffassung, die Zugänglichkeit für Täuschungen, die Beurteilung des Wahrgenommenen, die Wahrscheinlichkeit desselben u. s. w. nach allen Seiten bei dem Zeugen geprüft wird, bis endlich richteramtlich das Ergebnis dem Zeugen zur Genehmigung vorgelegt wird. Darin liegt die eigentliche Bedeutung der gerichtlichen Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen, nicht darin, dafs schlechtweg angenommen wird, was ein Zeuge Behufiges oder Nichtbehufiges herschwatzt. Nachforschung, Aufklärung, Sichtung und endliche Feststellung des Beweiserheblichen macht die Bedeutung jeder Vernehmung, auch des Beschuldigten, aus. Das so Festgestellte aber ist doch von ganz anderem Werte als das obenhin, undurchdacht, ungesichtet, Ausgesprochene, was dann nachfolgend einer Würdigung unterworfen wird. Wenn im § 148 Z.-P.-O. nachgelassen ist, die Feststellung der Aussagen zu Protokoll in der Berufungsinstanz zu unterlassen, so wird dadurch doch die mündliche Feststellung nie entbehrlich.

oder der Verlesung der Protokollaussagen hört man diese stets nur in dieser richteramtlichen Feststellung, nicht schlechtweg in blos amtlicher Bezeugung, sondern in der wohlerwogenen Form des Ausdruckes für das als erheblich aus der ganzen Aussage für den Beweissatz Herausgehobene, von dem Aussagenden selbst als seine Aussage Genehmigte, sowie von Parteien, wenn sie gerade dabei mitwirkten, als Zeugenaussage Angenommene — vermutlich nicht anders, als wenn vor dem erkennenden Gericht jene Feststellung selbst erfolgt wäre. Daraus ergiebt sich auch hier wieder, wie nur das Vernehmungsprotokoll allein über den Inhalt jener Zeugenaussage eine zuverlässige Kenntnis dem Erkenntnisgericht verschaffen kann, als Bezeugung jener Feststellung selbst, dafs dem gegenüber eine Vernehmung der Gerichtspersonen, welche jene Feststellung bewirkten, ein nur ausnahmsweises Ersatz- oder Ergänzungsmittel sein kann, und zwar von weit gegeringerer, nach Meinung einiger, von gar keiner, Beweisfähigkeit. Diese richterlichen Feststellungen allein sind es, worauf die Beweisausführungen der Parteien fufsen können, nicht das, was drum und dran hängt, was etwa durch unzulässige „Suggestivfragen“ (österreich. St.-P.-O. §§ 164, 200), durch „komplexe“, d. h. auf verschiedene Umstände zugleich gerichtete, durch „kaptiöse“ (verfängliche) Fragen herausbefördert worden sein mag*).

*) Das von der deutschen St.-P.-O. § 238 ff. aus dem englischen Prozefs, wo ein grofser Wert darauf gelegt wird, aufgenommene Kreuzverhör ist derartig beschränkt, dafs von ihm wenig Gebrauch gemacht wird, weil es nur in Übereinstimmung beider Parteien, die nicht stets stattfinden wird, vorgenommen werden darf und dessen Anwendung leicht als ein Mifstrauen gegen den Vorsitzenden aufgenommen wird, welcher die Vernehmung der beiderseitigen Zeugen an die Parteien abtreten mufs. Dem Vorsitzenden liegt indessen doch auch die Überwachung der Ausübung dieser Befugnis durch die Parteien ob (§ 240 Abs. 1 u. 2, § 237 Abs. 2) und nach Beendigung des Kreuzverhörs hat er die ihm zur weiteren Aufklärung dienlich erscheinenden Fragen an die Zeugen und Sachverständigen noch selbst zu richten (§ 238 Abs. 2) und jedenfalls die wesentlichen Ergebnisse aus dem Kreuzverhör festzustellen, da sonst nur eine Unsicherheit in den beweiserheblichen Aussagen vorliegen würde, die gerade hier mehr als

b) Gegenüber den vorerwähnten äufseren Bürgschaften für die Verläfslichkeit der Zeugenaussagen sind noch die inneren näher zu bestimmen; dabei kommt die Beschaffenheit der Aussage überhaupt, dann besonders ihre Übereinstimmung in sich und mit anderen Erkenntnisquellen, sowie ihre Beziehung zum Beweissatz in Betracht.

Der Beweiswert der einzelnen Zeugenaussagen wird auch hier nach allgemeinen, aus der Erfahrung geschöpften Sätzen („abstrakten Gründen der Glaubwürdigkeit" bei Glaser a. a. O. S. 257 ff.) bemessen.

α) Eine Überzeugung vermag eine Zeugenaussage nur dann zu vermitteln, wenn auch der Grund des Wissens festgestellt worden ist und dabei sich zweifellos ergiebt, dafs der Zeuge die fr. Thatsache nur bekundet, weil er sie selbst mit seinen Sinnen unmittelbar wahrgenommen hat. Von jeher ist hierauf das gröfste Gewicht gelegt worden und auch heute liegt hierin die Grundregel, welche Artikel 65 der Peinlichen Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. folgendermafsen ausdrückte: „Item, die Zeugen sollen sagen von jrem selb eygen waren wissen, mit anzeygung ires wissens gründlicher ursach", woran dann die Beweisregel geknüpft wurde: „So sie aber vonn frembden hören sagen würden, das soll nitt genugsam geacht werden." Dies führt auf die in neuerer Zeit wieder besprochene Streitfrage über die Brauch- und Verwendbarkeit der sogen. Zeugen von Hörensagen (testes de auditu) im Verhältnis zur Unmittelbarkeit des Rechtsverfahrens*). Der richtige Gesichtspunkt, von welchem bei der

bei jeder anderen Vernehmung im einseitigen Interesse, übrig bleibt. Gerade hierin liegt auch die geringe Verläfslichkeit der durch Kreuzverhör erzielten Vernehmungsergebnisse. Vergl. Geyer a. a. O. S. 676. Über das subsidiäre Fragerecht der Parteien s. deutsche St.-P.-O. §§ 239—241, österreich. St.-P.-O. § 249.

*) Vergl. Heusler a. a. O. S. 274 ff., welcher auch für den Zeugen- wie für den Urkundenbeweis die Einteilung geltend macht, dafs die Aussage sich beziehe auf den Rechts- bez. Dispositionsakt selbst, oder auf Geständnis oder auf Indiz („Zeugnis") dafür; für die zu beweisende Thatsache selbst sei der testis de auditu gar kein brauchbarer Begriff und werde das Beweisthema in seiner nur dreifachen Möglichkeit:

Lösung dieser Streitfrage auszugehen sein wird, ist das Erfordernis der eigenen sinnlichen Wahrnehmung einer Person, welche zum Zweck der Beweisführung im historischen bezw. direkten Beweise über eine Thatsache aussagen soll, mit der Wirkung, dafs der Beweissatz mit der Aussage schlechthin bestätigt wird, ohne den logischen Beweis erst zu Hilfe nehmen zu müssen. Einen solchen unmittelbaren Beweis vermag aber ein Zeuge von Hörensagen nicht zu erbringen und daher scheidet er aus dem Bereich der hier fraglichen direkten Beweismitttel des empirischen Beweises aus und kommt nur als Mittel der Feststellung einer anzeigenden Thatsache (indicium) als Prämisse zu einer Schlufsfolgerung des Indizienbeweises in Frage, welche dahin geht, dafs dasjenige, was der Zeuge von einem anderen als auf dessen eigener sinnlichen Wahrnehmung beruhend, mitgeteilt erhalten hat, vielleicht wahr, wenigstens wahrscheinlich ist — immer aber nur unter den sonstigen Voraussetzungen des Indizienbeweises (§ 52) zur Beweiswürdigung verwendbar sein kann. Hieraus ergiebt sich, dafs von einem „Ersatz“ jener unmittelbaren Wahrnehmung des Gewährsmannes durch die des Zeugen von Hörensagen keine Rede sein kann, dafs aber im Zivil- wie im Strafverfahren der Benutzung der Aussage eines Zeugen von Hörensagen als entfernter Vermittelung innerhalb der

Rechtsakt, Geständnis oder Indiz, klar erkannt, so könne, weil zum Zeugen begrifflich die eigene Wahrnehmung von der zu beweisenden Thatsache gehöre, die Aussage eines testis de auditu nur mehr oder weniger fähig sein, ein Indiz für den Rechtsakt zu beweisen. Für den Zivilprozefs hatte Fitting, deutsch. Reichszivilprozefs § 45 diesen Aussagen alle Beweiskraft abgesprochen. Rücksichtlich des Strafverfahrens vergl. Rupp a. a. O. S. 134 ff. den Unterschied zwischen Augenzeugen im Sinne des § 249 St.-P.-O. und Zeugen von Hörensagen, wobei letzterer als Ersatz nicht zugelassen wird, wenn ersterer nicht mehr gehört werden könne, wohl aber neben ersteren. Vergl. auch die ausführliche Darlegung der Frage für den Straf- und Zivilprozefs bei v. Kries a. a. O. S. 95 ff. besonders S. 110 ff. In § 249 St.-P.-O. ist jeglicher Beweis einer Thatsache (Haupt-, Neben-, Hilfsthatsache) und jede unmittelbare wie mittelbare Wahrnehmung, unbegrenzt erwähnt; daher ist ein Zeuge von Hörensagen nicht auszuschliefsen von der Vernehmung. Die Verwertung seiner Aussage fällt der freien Beweiswürdigung anheim.

Grenzen des Indizienbeweises nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung weder die Unmittelbarkeit noch sonst etwas im Wege steht, aufser im Zivilprozefs der Mangel der Benennung des fr. Zeugen zum Beweise seitens einer Partei.

Als mitwirkendes Indicium wird oft ein bestimmtes Gerede über eine beweiserhebliche Thatsache benutzt, allein es ist bekannt, wie schwer auf den Ursprung eines solchen zurückzukommen und wie trügerisch das Nachreden von Mund zu Mund ist; die übeln Nachreden sind stets mit allem Mifstrauen anzusehen*). Es handelt sich bei dem Zeugnis von Hörensagen meist nur um die Thatsache, dafs eine bestimmte Aussage einer bestimmten Person über einen beweisbehelflichen Umstand, meist auch zu einer bestimmten Zeit, zum Zeugen oder dessen Gewährsmann gethan worden sei. Der Beweis dieser Thatsache der Aussageerstattung kann manchmal wegen der Beziehung des beweisbehelflichen Umstandes zum Hauptthema ganz wichtig werden, nur verliert er an Zuverlässigkeit, wenn mehr als eine Vermittelung von Person zu Person dazwischen liegt. Die Frage, ob etwas gesagt ist, wird mit der, ob etwas wahr sei, aus Versehen vom Zeugen oft verwechselt. Die Prüfung des Wissensgrundes eines Zeugen bleibt das sicherste Mittel zur Feststellung, ob der Zeuge eine wirklich unmittelbare und richtige Wahrnehmung**)

*) Ein in Gang gebrachtes Gerede übt auf Zeugen einen bedenklichen Einflufs und vollends, wenn der Zeuge mit anderen über den Gegenstand gesprochen hat, vermischt die Vorstellung das eigen Gehörte, Gesehene mit dem aus den Mitteilungen von anderen Erfahrenen, so dafs er endlich selbst glaubt, das eine oder andere selbst wahrgenommen zu haben. Dazu kommt die Neigung, gegen Einwürfe die Punkte, wo die Lücke oder Schwierigkeit der Überzeugung liegt, mit einer Vermutung, sogar Lüge, zu überbrücken und damit den Irrtum unter die Leute zu verbreiten.

**) Wie sehr zuweilen doch die Richtigkeit der Wahrnehmungen anzuzweifeln ist, namentlich auch bei „Rekognoszierungen", das ergiebt folgender von einem Arzt. Dr. W. in Römhild. im vorigen Jahr in den Zeitungen veröffentlichter Fall. Der Polizeisergeant H. behauptet, früh 7 Uhr den Fabrikanten R. Schw., 26 Jahr alt, aus Römhild, Jagdpächter, mit einem Jagdgewehr ausgerüstet getroffen zu haben. Das Wetter ist nicht etwa neblig, sondern sonnenhell. Der Gastwirt J. behauptet, R. Schw. habe morgens, zur Jagd ausgerüstet, ein Glas

oder nur eine erdichtete und unrichtige mitteilt; auch die Art und Weise, wie der Zeuge hierbei Rechenschaft vom Grunde seiner Kenntnis giebt, ist für den Beobachter von grofser Bedeutung, nicht minder aber auch die der Zeugnisablegung überhaupt. Die Ausdrucksweise, die Unbefangenheit und Natürlichkeit der Erzählung, die Leichtigkeit, bei einer Unterbrechung durch Fragen oder Einwendungen den Faden wieder aufzufinden, Sicherheit und Schlagfertigkeit in der Beantwortung von Zwischenfragen u. s. w. lassen den geübten Beobachter bald erkennen, ob eine Zeugenaussage auf Wahrheit, eigener Wahrnehmung und Gewifsheit beruht, oder eine gemachte, beeinflufste, einstudierte oder mehrfach vorher besprochene ist.

Es ist bei jeder Zeugenaussage zu prüfen, ob sie in ihrem Zusammenhang sicher und bestimmt ist.

Wenn der Zeuge über einzelne in seinem Wahrnehmungsbereich als annehmbar liegende Punkte nichts oder nicht Gewisses angiebt, so ist die Erklärung davon aufzusuchen. Es dreht die Feststellung sich hier häufig um die Frage: Hätte der Zeuge einen Vorgang, wenn er wirklich geschehen wäre, wie behauptet, wahrnehmen müssen? Verneint der Zeuge die Wahrnehmung und behauptet bez. begründet er, dafs und weshalb sie hätte gemacht werden müssen, wenn der Vorfall sich zugetragen hätte, dann hat der Beurteiler die Wahl zwischen der Annahme der Unwahrhaftigkeit des Zeugen oder der Unwahrheit der Thatsachenbehauptung, sofern nicht der Zeuge eine unbestimmte Antwort des nicht genauen Wissens oder Erinnerns abgiebt, wobei nur eine Vermutung des Gegenteils, je nach der Bedeutung des fr. Vorganges für die Wahrnehmung überhaupt oder die geistige Auffassung und Beobachtungsgabe und achtsame Beurteilung des Zeugen,

Bier bei ihm getrunken. Also zwei einwandsfreie Zeugen, die wohl geeignet wären, ihre Aussage im Kriminalfall zu beschwören. Der Arzt Dr. W. dagegen stellt fest: der bei ihm zur Miete wohnende Angeschuldigte hat seit dem Tage zuvor das Haus nicht verlassen, da er an einer Lungenentzündung erkrankt fest bettlägerig sei. Jedenfalls habe dieser einen „Doppelgänger“.

begründet werden könnte, weil der Zeuge doch wahrscheinlich die Wahrnehmung hätte machen müssen, wenn etwas Derartiges geschehen wäre. In den meisten Fällen giebt der Zeuge die Möglichkeit des Geschehenseins und die Wahrscheinlichkeit seiner Nichtbeachtung zu — und der Beweis durch ihn ist wegen Unbestimmtheit verfehlt. Im übrigen, soweit der Zeuge bestimmt ausgesagt hat, bleibt seine Aussage durch das in einzelnen Punkten hervorgetretene Manko an Sicherheit unberührt bestehen, es müſste denn aus dessen öfterem Vorkommen sich ein Zweifel gegen die Beobachtungsfähigkeit und Aufmerksamkeit des Zeugen bei seiner Wahrnehmung herausstellen*).

Verschieden von dieser Unbestimmtheit der Aussage ist aber das Schwanken in der Aussageerstattung, welches auf eine Unsicherheit in der Vorstellung (der Wahrnehmung selbst, oder der Erinnerung an das Wahrgenommene) zurückzuführen ist, weniger auf eine Ungewandtheit des Zeugen, die Vorstellung in den entsprechenden Wortbildungen wiederzugeben, da eine sichere Vorstellung gewöhnlich unwillkürlich sich in die passende Form kleidet. Es naht sich hier zu leicht auch der Verdacht gegen die Wahrheitsliebe und Strenge, ja für eine Beeinflussung des Zeugen von seiten anderer, und gegen den guten Willen des Zeugen, die wahre Sachlage zu bekunden. Dieses sog. „Variieren“ oder Behaupten und nachfolgendes Abändern, Beschränken oder gar Zurücknehmen und Widersprechen gegen vorausgegangene eigene Angaben kann, wenn es sich nicht durch Unüberlegtheit, Ängstlichkeit, Schwäche in der Gedankenzusammenfassung oder sonst in persönlicher Unsicherheit (Neigung zu Übertreibung, Faselei

*) Zeugen, welche gewissenhaft ihre Aussage erstatten, treten gewöhnlich nicht mit einer groſsen Bestimmtheit, sondern zaghaft und vorsichtig auf, auch wohl mit dem greifbaren Bestreben, nicht zuviel, aber auch nicht zu wenig, aussagen zu wollen; eine einzige bestimmte Aussage eines solchen Zeugen vermag mehr zu wirken, als eine Menge von Mitteilungen eines geschwätzigen Zeugen, der jene nicht vorsichtig abwägt. Eine verstellte Zurückhaltung läſst sich schon erkennen.

und Geschwätzigkeit) erklären läfst, eine ganze Zeugenaussage wertlos machen*).

Hieran schliefst sich eine andere Art der Unbestimmtheit der Zeugenaussage, welche in der menschlichen Geneigtheit zur Verallgemeinerung von Einzelwahrnehmungen durch Urteil und Übertragung auf andere Fälle — eigentlich eine Neigung zur Übertreibung — ihren Grund haben mag, indem der Zeuge ein aus vereinzelten Wahrnehmungen und daran geknüpften Vermutungen gebildetes Urteil an die Stelle der Angabe einer bestimmten Thatsache zu setzen bemüht ist, indem er auch dabei dasjenige, wie er sich eine Wahrnehmung oder ein Urteil zu erklären sucht, unterschiebt als Thatsache, z. B. bei wiederkehrenden Vorgängen oder Beziehungen von Personen untereinander oder zu Sachen, dafs etwas als Gewohnheit dargestellt wird, was nur ein- oder zwei- dreimal als geschehen nachgewiesen werden kann. Hierbei wird, wie man sagt, stark „amplifiziert" mit den Worten: „immer, stets, alle Tage, fast stündlich, häufig, oft ganz und gar, vollständig, überhaupt, ohne alle Ausnahme" u. s. w.**). Es mufs hier auf die einzeln wahrgenommenen Thatsachen bestimmt zurückzukommen versucht werden, aus denen die Verallgemeinerung entlehnt worden ist, mindestens ist, bei der Unmöglichkeit, eine Mehrheit von Einzelfällen namhaft zu machen, der „Eindruck", den der Zeuge gewonnen haben will, festzustellen gegenüber von Thatsachenbehauptungen, wenn schliefslich nicht eine solche sich auf blofses Dafürhalten oder Annehmen (Meinen oder Urteilen) abschwächt. Von Zeugen gezogene Schlufsfolgerungen können für die Beurteilung der Einwirkung von Ursachen (Thatsachen) nicht wertlos sein, wo es sich um die Vor- und Nachprüfung der Wirkung aus den Ursachen und die Richtigkeit der Folgerungen handelt; sonst wird der

*) L. 2 D. de testib. und CCC. Art. 71.

**) Das Gegenteil, die Abschwächung oder Abminderung, kommt weit seltener vor und entspringt dann einer übermäfsigen Vorsicht und Ängstlichkeit oder einer Verkleinerungssucht, auch wohl einer minder achtsamen Beobachtung.

Zeuge gewöhnlich aufgefordert, nicht zu folgern, sondern dies den Beurteilern zu überlassen, um eben reine Thatsachenwahrnehmungen von dem Einflufs aller fremdartigen Zuthaten fern zu halten.

β) Eine Zeugenaussage, welche ein „konkludenter“ Beweisgrund sein soll, mufs ein in sich zusammenhängendes, innerlich erklärbares und in seinen Teilen harmonisches Ganze sein und ein klares Anschauungsbild eines Vorganges oder Umstandes bieten, wenn es eine Thatsachenbehauptung beweisen soll. Das An- und Ineinanderpassen der einzelnen Bestandteile der Aussage darf jedoch nicht den Eindruck eines gekünstelten Machwerks tragen, weil dadurch der Verdacht erweckt wird, dafs die Aussage eine gemachte, vorbereitete und nicht ganz eigene des Zeugen sei*). Die Natürlichkeit in der Zusammensetzung wird gewöhnlich durch die Wahrhaftigkeit und Natürlichkeit des Zeugen bedingt und die Art und Weise der raschen und erklärbaren Lösung eines scheinbaren Widerspruchs des einen Bestandteils der Angaben mit einem anderen, stärkt eher das Vertrauen und die überzeugende Kraft. Das Gegenteil aber, die Unvereinbarkeit entgegenstehender Teile derselben Aussage, trotz der Belehrung des Zeugen darüber, hervorgehend aus dem Beharren auf beiden Behauptungen, welche im Widerspruch mit einander stehen und nach der Natur der Sache unmöglich nebeneinander bestehen können, mag der Zeuge nun so unvermögend sein, seine Erinnerung zu sammeln, oder so halsstarrig, die Unrichtigkeit der einen Behauptung nicht zugeben zu wollen, hebt die Beweiskraft inbezug auf diesen Punkt vollständig auf, wo ein Mifsverständnis, Irrtum, undeutlicher Ausdruck nicht noch eine Aufklärung geben kann. Jedenfalls wird durch eine derartige Störung der Harmonie der Zeugenaussage das Vertrauen in die Verläfslichkeit des Zeugen ab-

*) Es giebt zuweilen in Zeugenaussagen Lücken der Wahrnehmungen, welche nur durch Gedankenlosigkeit bei der Beobachtung oder durch Absichtlichkeit der Nichtbeobachtung oder Nichterinnerung und des Verschweigenwollens zu erklären sind.

geschwächt, d. i. bezüglich der Beweisfähigkeit wegen Mangels der Auffassung und des guten Willens die Wahrheit zu sagen, wodurch aber auch die ganze Aussage an Glaubwürdigkeit verliert.

γ) Die Übereinstimmung der Zeugenaussage mufs aber auch, wenn letztere einen überzeugenden Wert haben soll, eine mit den allgemeinen Erfahrungssätzen sein, welche von jeher als erprobte von der Wissenschaft und Praxis und im alltäglichen Leben, sowie in den Berufskreisen der Gerichte anerkannt sind als dem Denken und Thun des Menschen stetig innewohnende. Von Zeugen bekundete Thatsachen und Verkettungen von Umständen, welche mit der Möglichkeit nach Natur, Moral, logischen und psychologischen Gesetzen nicht vereinbar erscheinen, geben wohl die Veranlassung zu einer Nachprüfung der allgemeinen Überzeugung und Erfahrungssätze auf ihre Richtigkeit, Begründetheit und Anwendbarkeit und, falls das Wissen nicht ausreichen sollte, unter Beihilfe eines Sachverständigen in dem fr. Fachkreise. Hatte der Zeuge selbst auch die Fähigkeit, eine der Sache gewachsene Wahrnehmung zu machen und doch würde seine Bekundung sich auch nur als unwahrscheinlich nach jenem allgemeinen Mafsstabe erweisen, dann ist doch die Verwertung derselben fast ganz ausgeschlossen.

δ) Endlich mufs auch eine Übereinstimmung der Zeugenausssage mit anderen Erkenntnisquellen, welche im vorliegenden Falle Beweise ergeben haben, ganz besonders mit anderen Zeugenaussagen bestehen, wenigstens müssen sie in einem erklärbaren Zusammenhang mit einander stehen. Es fragt sich bei der Vergleichung der verschiedenen Beweisergebnisse gegen- und untereinander, ob sie sich bestärken, abschwächen oder sogar aufheben, oder sonst beeinflussen.

Es handelt sich zunächst hierbei um eine Vergleichung einer Mehrheit von Zeugenaussagen über denselben Beweissatz am meisten, um welchen jene sich im Falle der Vereinigung wie ein Ganzes gruppieren, an und ineinander sich fügend, ergänzend und dadurch sich selbst befestigend, indem

die Gleichheit der Aussage in ihrer individuellen Gestaltung und verschiedenen Form die Gewähr für die Gleichheit der Wahrnehmung und Richtigkeit derselben giebt — den einzigen Anhalt für das Bestehen des Wahrgenommenen auch in Wahrheit oder in Wirklichkeit*). In diesen selteneren Fällen wird der Beurteiler des Zeugenbeweises in innerer Beruhigung zu der Überzeugung von der Wahrheit des übereinstimmend Bekundeten förmlich hingedrängt. Im gegenteiligen Falle hingegen, wenn Unsicherheit und vollends Widerspruch zwischen den Zeugen besteht und solche auch nicht durch das Mittel der Gegenüberstellung der Zeugen und Versuche der Aufklärung und Vereinbarlichmachung der Widersprüche gehoben werden kann, so tritt ein Zustand der Anzweifelung des Beweiswertes jeder einzelnen Zeugenaussage in mehr oder weniger Ausdehnung ein, wobei die Abschwächung der weniger wahrscheinlichen Aussagen die natürliche Folge ist, welche indessen auch die wahrscheinlicheren nicht unberührt läfst. Die Zählung der Aussagen tritt nach einer alten Regel hinter die Abwägung derselben nach ihrer inneren Wahrscheinlichkeit und nach der Beweisfähig- und Tüchtigkeit der Zeugen zurück. Von letzterer hängen die Gefahren einer Täuschung ab, während die Mittel zur Erprobung des Aussageninhalts allgemeiner Natur sind**).

*) Schall und Boger a. a. O. S. 79: „Wo keine Übereinstimmung herrscht, wird die Aussage des einen Zeugen durch die des anderen aufgehoben; wo die Übereinstimmung zu grofs ist, werden die Aussagen eben wegen dieser Harmonie verdächtig; oft traut man einem Zeugen nicht, weil er alles weifs, oft weil er nichts weifs; ein anderes mal erhält dasjenige, was ein Zeuge zu wissen behauptet, um so mehr Gewicht, weil der Zeuge dasjenige offen bekennt, was er nicht weifs.“

**) Jene Gefahren mindern sich, wenn sich der Beweis einer Thatsache auf eine Mehrheit von Aussagen stützt, weshalb man von jeher auf die Übereinstimmung von wenigstens zwei Zeugenaussagen über denselben Punkt ein hohes Gewicht gelegt hat; sehr selten werden zwei Personen infolge eines Irrtums (unabsichtlich) gerade nach derselben Richtung von der Wahrheit abweichen. „Ebenso ist die Ausnahme von der Regel der Wahrhaftigkeit (Aufrichtigkeit) des Menschen, man kann sagen, schon an sich doppelt unwahrscheinlich, wenn es sich um zwei, dreifach unwahrscheinlich, wenn es sich um drei lügenhafte Zeugen handelt. Sollen diese mehreren falschen Zeugen nun überdies

Es ist auch eine gegenseitige Kontrole vorhanden in der „Konfrontation“, unter welcher mehrere Zeugen ihre gemeinschaftliche Aussage über denselben Beweissatz einzeln erstatten; man ist stets mehr geneigt, die Aufklärung von Widersprüchen in der Möglichkeit, sogar Wahrscheinlichkeit zu suchen, dafs der eine oder andere Zeuge zur Zeit der Wahrnehmung oder ihrer Bekundung den für die Sache bedeutungsvollen Punkt aufser Acht gelassen, als dafs er ihn zu unterdrücken vermocht oder sich einer tadelnswerten Unachtsamkeit schuldig gemacht habe; oftmals durchkreuzen sich Zeugenaussagen auch nur scheinbar und irgend ein zufälliger oder aufgesuchter Erklärungsgrund vermag die Schwierigkeit des Widerspruchs zu heben*); gelingt es aber nicht, ein Ineinandergreifen, Erläutern und Zusammenstimmen der einzelnen Aussagen auf ungezwungene Weise zu erreichen, so sind die Gründe der Abweichung jeder Aussage zu ermitteln, die, welche die Beweiskraft stützen, gegen diejenigen, welche

in ihren Lügen übereinstimmen, so mufs, abgesehen von einem äufserst unwahrscheinlichen Zufall, der Grund davon entweder in einer Verabredung oder darin liegen, dafs der eine Zeuge vor seiner Aussage auf irgend einem Weg (durch Mitteilung Unbefugter, Suggestionen seitens des Richters, Öffentlichkeit der Verhandlungen u. s. w.) von der Aussage des anderen genaue Kentnis erhalten hat. Verabredungen oder vorherige Kenntnis der Aussage des anderen mufs aber bis in die scheinbar gleichgiltigsten Einzelheiten genau und vollständig sein, widrigenfalls es einem gewandten Befrager gelingen wird, an dem (wirklichen) Widerspruch über solche Nebenumstände die Wahrheit von der Falschheit zu unterscheiden“; Geyer a. a. O. S. 728.

*) Die Lehre von der Singularität der Zeugenaussagen knüpfte an c. 9 X (2, 19) an und versteht noch heute darunter nicht den Fall, dafs überhaupt nur ein Zeuge über einen Beweissatz aussagt, sondern das Verhältnis mehrerer Zeugenaussagen über denselben Umstand, welche aber verschieden lauten; obstativ ist sie, wenn über die Hauptsache mit einander unvereinbare Aussagen vorliegen, die sich in der Glaubwürdigkeit aufheben, diversikativ dagegen ist die unvereinbare Abweichung in Nebenpunkten, welche die Beweiskraft nur beschränkt, adminikulativ ist die Abweichung der Aussagen in Nebenpunkten, welche möglicherweise eine Vereinbarmachung nicht ausschliefst. Wetzell, Lehrbuch, S. 136 verstand unter singularitas in genere den Fall, wo es auf gleichzeitige Wahrnehmung gewisser Thatsachen ankommt, wie oben, unter singularitas in specie den Fall, wenn das Beweisthema aus mehreren Thatsachen zusammengesetzt ist, über deren jede nur ein Zeuge abgesondert aussagt.

letztere schwächen, gegen einander abzuwägen, so dafs man doch dahin gelangt, dem einen Zeugen ungeachtet der entgegenstehenden Aussage eines anderen mehr Glauben beizumessen, wobei besonders in Frage kommt, „ob die eine oder die andere Angabe in Umständen, welche von der Willkür des Zeugen unabhängig sind, und womöglich in solchen, welche er nicht kennen oder doch auf seine Aussage nicht Einflufs üben lassen konnte, eine Bestätigung findet“ *). Dafs der „persönliche Eindruck“, den die Zeugen bei ihrer Aussageerstattung gemacht haben, ein nicht ganz unberechtigter Mitfaktor bei Beurteilung der Glaubwürdigkeit ist, liegt im Wesen der Unmittelbarkeit und Konzentrierung der Beweisaufnahme, wobei die Vergleichung auch der „persönlichen Eindrücke“ mitwirken darf. Im äufsersten Fall des Zweifels müssen sich die Zeugenaussagen, weil sie sich die Wagschale halten (gegenseitig „balancieren“) gegen einander aufheben, d. h. es ist weder für den Beweissatz noch gegen ihn, er ist nicht bewiesen; im Zivilprozefs mufs der übrige Beweis bez. der Eid der Parteien aushelfen, im Strafprozefs eventuell Freisprechung erfolgen — in dubio pro reo.

Wenn nur eine einzige Zeugenaussage zu einem Beweissatz zu ermöglichen war, z. B. wenn nur ein solcher eine bestimmte Wahrnehmung ihrem Gegenstand und der Natur der Sache nach allein machen konnte, ein besserer Beweis also nicht zu erbringen war, so wird das alte Sprüchwort: „Wenn einer Zeugnis abgiebt, das ist wie keiner, aber zwei wie zehn“, gegenüber der freien Beweiswürdigung dann zu Schanden, wenn dem einen Zeugen ein erheblicher Mangel

*) Glaser a. a. O. S. 270—276. Ein bejahendes Zeugnis hat im allgemeinen keinen gröfseren Beweiswert als ein das Nichtgeschehensein versicherndes, zumal wenn dem verneinenden Zeugen die Thatsache nicht entgehen konnte und er ebenso bestimmt wie der bejahende Zeuge aussagte, jedenfalls beweist sein Zeugnis über eine eigene Handlung in der Verneinung mehr als die des anderen Zeugen, der sie bejahte. Dafs eine dem Beweisführer nachteilige Aussage eines von ihm vorgeschlagenen Zeugen dem Gegner nützt (L. 17 C. 4, 20), darf noch heute gelten; Einwendungen dagegen sind dem Produzenten natürlich nicht abgeschnitten.

der Beweisfähigkeit nicht zur Seite steht und möglich ist, die Aussage des einen Zeugen mit anderen Beweisgründen zu stützen. Fehlt freilich letzteres, dann ist Vorsicht, ja ein Mifstrauen notwendig, weil die Möglichkeit der Kontrole der einzigen Aussage fehlt; im Strafverfahren wird man darauf hin kaum zu einer Verurteilung kommen können, „es müfsten denn ganz aufserordentliche Bürgschaften für die Glaubwürdigkeit des Zeugen vorliegen. In geringfügigen Fällen, wie z. B. bei Übertretungen, mag man sich öfter bei dem Zeugnis eines Beamten, der über seine im Amte gemachten Wahrnehmungen aussagt, beruhigen“ *).

ε) Eine Zeugenaussage ist „konkludent“, wenn sie vollständig die zu beweisende Thatsache bestätigt, und zwar wenn mit näherer oder entfernterer Urteilsbildung diese Bestätigung in die Überzeugung treten kann. Die Beschaffenheit der zu beweisenden Thatsache ist von besonderer Erheblichkeit für die Prüfung der darüber erstatteten Zeugenaussage. Vom Standpunkt des Natur- und Sittengesetzes ist zu prüfen, ob sie wahrscheinlich und mit anderen Umständen in einer Zusammenhangserklärung stehend und der gewöhnlichen Erfahrung entsprechend sei. Auf letztere in ihrer stetigen Wiederkehr gründet sich die innere Wahrscheinlichkeit einer Thatsache, welche in dem Verhältnis von Ursache und Wirkung oder Begleiterscheinung u. s. w. zu stehen pflegt; gründet sich nun der Zeugenbeweis auf die Gewissenhaftigkeit des Zeugen und auf die Zuverlässigkeit seiner Wahrnehmungen, dann mufs die Glaubwürdigkeit der Zeugen-

*) Geyer a. a. O. S. 729 u. Glaser a. a. O. S. 272 ff. Allerdings müfste es bei einem denkenden Richter ein banges Gefühl hervorrufen, „wenn eine Sache so steht, dafs die ganze Beschuldigung oder auch nur die Annahme oder Nichtannahme eines den Angeklagten wesentlich belastenden Thatumstandes lediglich von der Aussage eines Zeugen abhängt, und er sich sagen mufs, dafs, wenn erkennbare oder verborgene Motive vorhanden sind, welche die Reinheit dieses Zeugnisses zu beeinflussen geeignet wären, die Gefahr einer Irreführung der Justiz viel gröfser ist, als wenn der Beweis durch eine Reihe von einander und von der Aussage einzelner Personen unabhängiger Umstände künstlich hergestellt erscheint.“

aussage auch mit Rücksicht auf die innere Wahrscheinlichkeit der durch sie zu beweisenden Thatsache geprüft werden. Die Bestätigung von Thatsachenbehauptungen, welche in ihrem Zusammenhang mit anderen des Rechtsfalles, wenigstens nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge, wahrscheinlich sind, mag immer Bedenken erregen gegen die Glaubhaftigkeit der bestätigenden Aussage, ebenso wie die Verneinung von Ursachen oder Wirkungen und Begleiterscheinungen, welche nach der Erfahrung in einer notwendigen oder sehr gewöhnlichen Verbindung unter einander oder mit anderen feststehenden Thatumständen stehen*). Also die Bestätigung von wenig erklärbaren Absonderlichkeiten und Ausnahmen, ebenso die Verneinung von gewöhnlichen Notwendigkeiten und Regelmäfsigkeiten in Thatsachen erregt Bedenken und je mehr letztere erfahrungsmäfsig begründet sind, desto unbedenklicher darf man die mit ihnen in Einklang stehenden Wahrnehmungen über ihr Bestehen als zutreffend und im Einzelfall gemacht annehmen.

Wir schliefsen diesen Abschnitt mit der schon früher gemachten Bemerkung**) ab, dafs die Erörterung der Ergebnisse

*) Richtig bemerken Schall u. Boger a. a. O. S. 77, dafs man mit der Entschuldigung, die Wahrheit sei nicht immer auch wahrscheinlich (Ausnahme!) oft die Wahrheit ausschliefslich in den Zeugenaussagen suche, ohne sie vorher in der Thatsache an und für sich zu suchen. Ein oberflächlicher Richter frage: „was sagen die Zeugen?“ ein umsichtiger und gewissenhafter vor allem: „was ist durch die Natur der vorliegenden Verhältnisse angezeigt?“

Im voraus kann man zuweilen befürchten, dafs Zeugenaussagen falsch sein werden, wenn die Thatsachen, welche durch die Zeugen bewiesen werden sollen, unwahrscheinlich oder gar unmöglich erscheinen, oder wenn blofse Angaben verdächtiger oder schon des falschen Zeugnisses überführter Personen für dieselben sprechen.

**) Schall u. Boger a. a. O. S. 48: „Hier erfährt man den ganzen Vorteil des Studiums der Moral und des menschlichen Herzens, denn Personen und Dinge, Zeit und Ort sollen nach ihrer wahren Bedeutung dargestellt, Schein und Wesen, wirkliches Gefühl und leere Worte in ihrem Unterschiede gekennzeichnet werden. Hier mufs der Einflufs von Bildung, Stand, Vermögen, Alter, Leumund, Charakter, persönliche Beziehungen, Zuneigung, Feindschaft geprüft werden; hier werden die Worte gewogen und ausgelegt, die Aussagen mit einander verglichen und gegeneinander in die Wagschale gelegt; die Zahl und Überein-

der Zeugenaussagen für die Beredsamkeit das reichste Feld darbiete, dafs es hier aber nur möglich gewesen, einen gedrängten Überblick über die von den Parteirednern zu beachtenden Hauptregeln zu geben.

§ 48.

3. Sachverständigen-Gutachten.

Mögen die Sachverständigen entweder zum Verständnis vergangener Thatsachen als sogen. sachverständige Zeugen (im Sinne des § 85 der deutschen St.-P.-O. und § 379 Z.-P.-O.) aussagen, oder zur Aufklärung gegenwärtiger, vorliegender Umstände als Sachkenner Gutachten abgeben, so sind sie in dem einen wie in dem anderen Falle Beweisvermittler oder Beweismittel. Es sind mithin ihre Aussagen und Urteile Beweisgründe für die richterliche Überzeugung. Der Streit der Theorie, ob die nur urteilenden Sachverständigen Stellvertreter (?) oder Gehilfen des Richters oder solche der Parteien, oder ob überhaupt Beweismittel seien, berührt uns nur rücksichtlich der daraus für die Würdigung des Beweiswerts zu ziehenden Folgerungen, sonst weniger; es scheint vielmehr, wie in den neueren Prozefsgesetzen geschehen, daran festzuhalten zu sein, dafs sie unter den Beweismitteln mit aufgeführt werden, da sie namentlich in Verbindung mit der Augenscheinseinnahme zum Verständnis eines Befundes, sowie auch, davon abgesehen, überhaupt in besonderen Fällen zur Beweisprüfung und Beweiswürdigung, aushilfsweise vermöge ihrer Fach- und Sachkenntnisse der Parteien wie dem Gericht (boni instructores bei Panormitanus), zumal für den logischen Beweis, die Unterlagen und die Leitung der Denkoperationen geben müssen. Sie sind daher nur als Beweisvermittler Gehilfen sowohl der Parteien bez. des Beweisführers, als auch des Richters, mögen sie nun von jenen als

stimmung der Zeugenaussagen fällt ins Gewicht, Parteilichkeit und Wohldienerei werden enthüllt, Offenheit und Rechtlichkeit feiern ihren Triumph."

Beweismittel erwähnt oder von Richteramtswegen beigezogen worden sein, da auch in dem letzteren Falle die Beiziehung den Parteien ebenso zu gute kommt, als wenn sie selbst diese veranlafst hätten; und zwar nur vermittels ihrer Aushilfe sind die Beurteiler (Beweisführer wie Richter) in der Lage, eine sachgemäfse Beurteilung auf Grund einer Feststellung, welche hier durch das Gericht mit Hilfe jener und der Parteien zu geschehen hat, zu liefern*).

*) Die Lehre von den Sachverständigen beruhte, mangels positiver Vorschriften, früher nur auf der Doktrin. Heffter, System des Zivilproz. § 246: „Sachverständige sind Personen, welche vermöge ihrer eigentümlichen Lebenserfahrungen, Beschäftigungen und Studien als geeignet erkannt werden, gewisse Wahrnehmungen in concreto zu machen, oder allgemeine Erfahrungs- oder wissenschaftliche Sätze zu bestätigen, die der unmittelbaren sinnlichen Beobachtung entzogen sind oder dem Kreise der bei dem Richteramte vorausgesetzten Kenntnisse fern liegen."

K. A. F. Seeger, das Verfahren mit Sachverständigen, Stuttgart, 1841. Strippelmann, die Sachverständigen, Kassel, 1858. Mittermaier im Archiv f. zivilist. Praxis II. S. 119 ff. Walther das. XXVI. S. 85 ff. W. H. Puchta in der Zeitschr. für Zivilr. u. Proz. III. S. 54 ff. Langenbeck a. a. O. S. 548—612. Endemann, das deutsche Zivilprozefsrecht, § 191 und die das. angeführten Lehrbücher. Geyer, Lehrbuch a. a. O. § 207. Glaser a. a. O. S. 382—414 und die das. angeführte Litteratur. Heusler a. a. O. S. 243 ff. Die Auffassung der Motive zur deutschen Z.-P.-O. steht gegenüber der Hervorhebung der Sachverständigen als Gehilfen des Richters in den Kommentaren in vollem Einklang mit der Auffassung des Gesetses selbst von dem „Beweis durch Sachverständige", welche als ein eigenartiges Beweismittel betrachtet worden sind. Denn die Bemerkung in den Motiven, dafs sie seien „Gehilfen des Richters, indem sie demselben ein auf besondere Sachkenntnisse gestütztes Gutachten über feststehende und als feststehend angenommene Thatsachen erstatten und — auch wenn sie bei Einnahme des Augenscheins als wahrnehmende und darstellende Sachverständige fungierten, ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes Urteil abgeben", vermag die Haupteigenschaft der Sachverständigen als Beweismittel in nichts zu beschränken und trägt nur der damit vereinbarlichen Auffassung eines Teils der Doktrin Rechnung, ohne damit auszuschliefsen, dafs in solchen Fällen nicht blos der Richter „thatsächlich genötigt ist, sich des Beirats solcher Personen zu bedienen, welche jene Kenntnisse besitzen", sondern auch die Parteien, welche dieses Beirats sogar oft schon zur Information zur Beweisführung und dann zur Beweisaufnahme bedürfen und schliefslich bei der Beweisausführung auf das Gutachten der Sachverständigen ebenso ihre Auseinandersetzungen stützen, wie das Gericht die Begründung seiner Überzeugung. Als „sachverständige Zeugen" über vergangene Thatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich ist, will

Wie im Strafprozefs zur Ermittelung der materiellen Wahrheit Sachverständige ein Beweismittel sind, das von Richteramtswegen zu benutzen sei, wie es auch von den Beteiligten angezogen und benutzt werden kann, so sollte es auch im Zivilprozefs ein Beweismittel werden — zur möglichsten Feststellung der materiellen Wahrheit, selbst unter Beschränkung des leitenden Grundsatzes der prozessualischen Thätigkeiten. Die Doktrin des deutschen und österreichischen Strafprozesses ist aber darüber in neuerer Zeit zur Herrschaft gelangt, dafs die Sachverständigen ein selbständiges und eigenartiges Beweismittel seien*), bald

man sie auch für Beweismittel gelten lassen, nicht aber, wenn es sich darum handle, einen gegenwärtigen Zustand, dessen Wahrnehmung und Auffassung besondere technische Kenntnisse erfordern, festzustellen; aus „formellen Gründen" seien sie auch in letzterer Beziehung mit unter den Beweismitteln aufgeführt, in Wirklichkeit aber doch keine solchen! So Gaupp, Komment. in den Vorbemerkungen zu Tit. 8 des Absch. 1 Buch II. der Z.-P.-O. und aus welchen Gründen? „Da ihre Benützung nicht durch die Parteithätigkeit bedingt, der Richter vielmehr, wo ihm die erforderlichen besonderen Kenntnisse abgehen, berechtigt und folgeweise auch verpflichtet ist, sich der Beiziehung sachverständiger Gehilfen zu bedienen". Von einer Beweisführung, einer Beweislast und einem Beweisantritt könne somit hier streng genommen nicht, sondern nur von einer Beiziehung der Sachverständigen durch den Richter, wenn auch unter Mitwirkung der Parteien, die Rede sein. Freilich ist in der Zivilprozefsordnung §§ 369, 371—377 „jeder rechtliche Unterschied zwischen der von Amtswegen angeordneten und der durch die Parteien veranlafsten Zuziehung von Sachverständigen beseitigt" und die Bestimmungen des achten Titels bezwecken eben nur diese Mitwirkung der Parteien bei der Bestellung der Sachverständigen, und das Verfahren zu regeln, welches erforderlich ist, um in dem einen wie in dem anderen Falle ein Sachverständigengutachten herbeizuführen. Die s. g. sachverständigen Zeugen werden ganz wie gewöhnliche nach § 379 Z.-P.-O. (§§ 72 u. 84 deutsch. St.-P.-O.) behandelt. Es ist nicht zu verstehen, wie bei obiger Begründung übersehen werden konnte, dafs auch hier, wie bei dem Augenschein, ein greifbares Verlassen des prinzipmäfsigen Bodens des bürgerlichen Rechtsverfahrens hervortritt und ein möglichster Einklang mit dem für den Strafprozefs bestimmenden Grundsatz und den daraus abgeleiteten Sätzen als beabsichtigt sich ergiebt. Parteithätigkeit, Beweislast, Beweisantritt bedingt doch den Begriff des Beweismittels hier nicht!

*) S. die Litteratur bei Geyer a. a. O. S. 717 in der Anmerkung u. Glaser a. a. O. S. 391 und dessen Handbuch des Strafproz. § 56. Von einer „grundsätzlichen Stellung" der Sachverständigen als Gehilfen des Gerichts kann also gar keine Rede sein, da dieser nebensächliche Gesichtspunkt mit der Beweismitteleigenschaft und den Prozefsgrundsätzen in gar keiner näheren Beziehung steht.

mit dem Zeugenbeweis nahe verwandt, häufig nur durch das Zusammenwirken beider zur wahren Geltung kommend. Von der Beurteilung des einzelnen Falles hängt es ab, ob es überhaupt einer desfallsigen Beweisaufnahme bedarf, und Sache der freien Beweiswürdigung wird es sein, ob bei dem Fehlen eines Sachverständigenbeweises über bestimmte Umstände auf anderem Wege ein Beweis beschafft werden könne*). Die Frage, von welchen Erwägungen im Strafverfahren die Erhebung eines Sachverständigenbeweises abzuhängen habe, ist zwar eine tief eingreifende und insoweit „prinzipielle", aber gesetzlich nicht geregelt und, obschon die Grundsätze, nach denen sie zu beantworten, wert wären, in der Revisionsinstanz festgestellt zu werden, so wird dazu wenig Gelegenheit geboten, weil gewöhnlich im Vorverfahren diese Frage unwiderruflich entschieden wird, wiewohl man (der betr. Richter) hier sich dabei in die Stelle des erkennenden Richters sich zu versetzen bemühen wird.

Die wesentliche Übereinstimmung in der Behandlung des Sachverständigenbeweises in den deutschen Prozeſsgesetzen**) dient zur Erreichung materieller Wahrheit und mag allein der Grund gewesen sein, daſs auch im bürgerlichen Prozeſs (§§ 3, 135, 260 Z.-P.-O.) die Beiziehung von Sachverständigen von Amtswegen nachgelassen worden ist, wie sie es stets im Strafverfahren gewesen; man darf daher letztere nicht aus der Eigenschaft der Sachverständigen als „Richtergehilfen"***)

*) Die Vorschriften in §§ 87, 91, 92 deutsche St.-P.-O., §§ 118—126 der österreich. St.-P.-O. kommen hier zur Beachtung.

**) Im Abschn. 7 des Buchs I der deutschen St.-P.-O., welcher von den „Sachverständigen und Augenschein" handelt, finden sich auch mancherlei in der Fassung ganz gleich oder ähnlich lautende Bestimmungen wie in der Z.-P.-O. z. B. § 72 mit § 367, § 85 mit § 379, § 73 mit § 369, § 74 ff. mit § 371 ff., § 79 mit § 375 abgesehen von dem Parteienverzicht auf Beeidigung in letzterem, § 84 mit § 378; im übrigen enthalten §§ 80 ff. und 87 ff. § 191 St.-P.-O. noch besondere Vorschriften für das Strafverfahren. Beide Prozeſsordnungen verweisen zunächst auf die Bestimmungen über den Zeugenbeweis.

***) Endemann, Komment. a. a. O. II. S. 243. Richtig bemerkt v. Bülow, Komment. in der Vorbemerkung zu Titel 8, daſs man aus

ableiten, sondern eben nur aus der Forderung der Erreichung materieller Wahrheit, auch unangesehen des Prozefstriebes durch die Parteien, wenigstens in Dingen, welche auf die Sachentscheidung von Einflufs sind, welchen zu bestimmen die Parteien so wenig wie das Gericht mangels der erforderlichen Fachkenntnisse in der Lage sind. Die Gehilfenschaft ist daher, da sie ebenso dem Gericht wie den Parteien von den Sachverständigen geleistet wird, ein ganz untergeordnetes Prädikat, aus welchem fast nichts abzuleiten ist*). Es fragt sich daher hier allein nur um die Beweismitteleigenschaft, um die Beweisfähigkeit der Sachverständigen als Beweismittel und um die Beweiskraft oder den Beweiswert ihrer Gutachten.

Auszuscheiden ist das s. g. sachversändige Zeugnis (§ 85 St.-P.-O., § 379 Z.-P.-O.), welches zum Gegenstand „vergangene Thatsachen oder Umstände“, oder „Zustände“ haben

den Motiven S. 258 bez. aus dem Passus, die Sachverständigen seien Gehilfen des Richters, nicht die Beweismitteleigenschaft als ausgeschlossen annehmen dürfe, welche auf S. 199 ausdrücklich anerkannt sei.

*) Nur in den Bestimmungen über die Ablehnung der Sachverständigen „aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen“ (§ 74 St.-P.-O., § 371 Z.-P.-O.) kann man einen Anhalt für die Eigenschaft als „Richtergehilfen“ finden, während § 120 der österreich. St-P.-O. an die Zeugenunfähigkeit angeknüpft hatte. Wie im deutschen Strafprozefs so soll auch im Zivilprozefs die Ernennung der Sachverständigen in der Regel dem Gericht vorbehalten bleiben, aufser wenn die Streitteile sich über bestimmte Personen als Sachverständige geeinigt haben (§ 369 Abs. 4 Z.-P.-O.); sonst haben sie nur das Vorschlagsrecht, ausgenommen in § 449 Nr. 3 bei dem Beweis zum ewigen Gedächtnis Die Parteien sollen im Zivilprozefs nur mit Angabe der zu begutachtenden Punkte den Beweis antreten (thema probandum), dem gegenüber das Gericht rücksichtlich der Fragen über Erheblichkeit und Wahl und Zahl der Sachverständigen bestimmt (Motive S. 250); einen Zwang zur Beiziehung für den Entmündigungsprozefs ordnen nur §§ 598, 599 Z.-P.-O. Für die Schriftenvergleichung braucht das Gericht keine Sachverständigen zuzuziehen, wenn es sich selbst deren Fertigkeit zutraut. Wegen kaufmännischer Begutachtungen vor den Handelsgerichten vergl. § 118 des deutschen G.-V.-G. Es wird also überall dem Gericht eine gewisse Herrschaft (Disposition) über den Beweis durch Sachverständige wie bei dem Augenschein eingeräumt, die sonst in den Händen der Parteien gelegen hat.

soll, „zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war“. Der Zeuge ist durch den Fall selbst gegeben und kann nicht durch einen anderen ersetzt werden, während der begutachtende Sachverständige teils dauernd bestellt, teils für den einzelnen Fall gewählt wird; beide sind aber Personen, durch deren Aussagen im Prozefs erhebliche Thatsachen festgestellt werden sollen, und daher handelt es sich auch um Vorbedingungen des Beweiswertes der Aussagen der Sachverständigen nach Analogie der für Zeugen mafsgebenden Sätze. Die Frage, ob ein Sachverständiger auch sachverständiger Zeuge einer vergangenen Thatsache gewesen sei, hat nur wegen der etwaigen Unterlassung der Abnahme auch des Zeugeneides praktische Bedeutung, da diese eine Nichtigkeit insoweit begründen würde, als das Gesetz sie für die Benutzung einer Zeugenaussage im Urteil vorgeschrieben hat, denn der Sachverständigeneid deckt nur die Aussage über einen gegenwärtigen Befund; aufserdem dürfte in einem bürgerlichen Rechtsstreit ein nicht ausdrücklich zu einer vergangenen Thatsache als Zeuge benannter Sachverständiger über in der Vergangenheit liegende Thatsachen oder Um- und Zustände, auch wenn er sie sinnlich selbst wahrgenommen, nach der Verhandlungsmaxime nicht vernommen werden, wohl aber, wenn es sich nur um Begutachtung einer von anderen Zeugen sinnlich wahrgenommenen oder sonst feststehenden Thatsache handelt, welchenfalls jener eben nicht Zeuge ist. Da, wo es sich um blofse Angabe des Bestehens und Anerkanntseins von Grundsätzen der Wissenschaft, Technik, einer Kunstfertigkeit u. dgl., also um eine schlechthinnige Bestätigung eines Zustandes, welcher bis in die Gegenwart hereinreicht, handelt, ist ein sachverständiges Zeugnis zu geben, an das sich indessen leicht eine Begutachtung anschliefsen kann, weshalb die Benutzung dieser auch die Ableistung des Sachverständigeneides voraussetzt*), da der Zeugeneid das Gut-

*) v. Canstein a. a. O. S. 37 erklärt die Sachverständigen für Zeugen, soweit sie über den thatsächlichen Zustand, Verhältnisse u. s. w. aussagen und die anzuwendenden Grundsätze ihrer Wissenschaft,

achten nicht deckt; s. unten Abs. 2. a. β). Von den übrigen Beweismitteln des historischen oder empirischen Beweises hebt sich der Beweis durch Sachverständige als ein eigenartiger nach dem Vorgehenden dadurch ab, dafs nicht alles das, was durch jene bewiesen werden kann, auch Gegenstand einer Sachverständigenprüfung sein kann, ebenso umgekehrt, dafs dasjenige, was Gegenstand dieser sein kann und mufs, nicht auch durch jene anderen Beweismittel, wie Zeugen, Urkunden, Eid, bewiesen werden kann. Daher haben die deutschen Prozefsordnungen die „vergangenen Thatsachen" ausdrücklich vom Beweis durch Sachverständige ausgeschlossen und es bleibt für diesen somit nur das Gegenwärtige als Gegenstand ihres „Befundes", d. i. der Wahrnehmung und Prüfung und Begutachtung übrig, für letztere auch die Fortdauer von Wirkungen in die Zukunft hinein*).

Kunst u. s. w. (als wahr) angeben, und als Gehilfen des Beweisführers, soweit sie Schlufsfolgerungen ziehen, dem es zunächst obliege, die Schlufsfolgerungen des logischen Beweises zu ziehen d. i. Beweismittel anzugeben. Daher ist v. Canstein auch geneigt, die Gutachten der Sachverständigen, soweit sie aus Schlufsfolgerungen bestehen, nicht dem historischen, sondern dem logischen Beweise einzuordnen, aufserdem teils jenem, teils diesem. Nach seiner Auffassung können sie entweder ohne Auftrag des Gerichts eine Begebenheit wahrgenommen haben, oder auf Grund eines Auftrags einen Befund aufnehmen und dann ein Gutachten abgeben; nach zwei Seiten hin wären sie Zeugen, nach letzterer Gehilfen des Beweisführers — nie solche des Richters (in Übereinstimmung mit der englischen Beweislehre).

*) Hieraus leitet Heusler a. a. O. S. 243—247 ab, dafs der Beweis durch Sachverständige, da diese nicht Beweis- sondern Erkenntnismittel für den Richter seien, gar kein Beweis, sondern eine Anregung dessen, was der Richter an und für sich schon zu thun habe, sei. Denn das, was für den Richter noch wahrnehmbar sei, habe er selbst durch Augenschein, aushilfsweise mit Sachverständigen, zu verifizieren, dagegen nicht mehr Wahrnehmbares sei auf dem gewöhnlichen Wege des Beweises festzustellen, durch sachverständige Zeugen und Urkunden. Sonach seien die Sachverständigen, welche über einen noch gegenwärtigen Zustand dem Richter ihr Gutachten abzugeben haben, nicht Beweismittel und lägen aufserhalb des historischen Beweises; sie seien vielmehr, indem sie dem Richter einen (kritischen) Beweis lieferten, Beweisführer mit Argumentation aus Beweisgründen, welche wieder der kritischen Beurteilung des Richters (nur?) unterliegen. Das Widersprechende in dieser gesuchten Ausführung liegt auf der Hand: Beweisführer sollen die Sachverständigen sein und doch sind sie nur „Erkenntnismittel" für den Richter? Die

Ein Unterschied zwischen blos wahrnehmenden oder darstellenden und blos urteilenden Sachverständigen, wie ihn die Theorie gemacht hat, besteht in den Prozefsgesetzen nicht; diese beiden geistigen Thätigkeiten des Erkennens und Ur-

Unterscheidung von Beweis- und Erkenntnismittel läuft auf dasselbe hinaus und ist deshalb unberechtigt, d. i. ein Mittel zur Begründung der richterlichen Überzeugung; das Erkennen der Wahrheit folgt aus dem Sich-Beweisenlassen, nur ist dort die Wirkung auf seiten des Gerichts, hier die Ursache auf seiten der Beweisführer zu suchen. Das Beweismittel ist eben Erkenntnismittel zugleich, dort in der Hand des Beweisenden, hier in der Hand des Beweisempfangenden. Insoweit besteht kein Unterschied zwischen der Vermittelung der Erkenntnis durch einen Zeugen und einen Sachverständigen; jener bekundet die Wahrnehmung vergangener Thatsachen, dieser die der gegenwärtigen Zustände und der für den Beweissatz dem Sachkenner sich ergebenden Beurteilung für den Erkennenden. Im Prozefs handelt es sich aber überall nicht um selbständige und blos eigene Erkenntnis des Richters, sondern um Erkennen der Wahrheit von Beweissätzen, deren Feststellung nicht allein dem Gericht obliegt, sondern im Prozefs um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vorzugsweise den Parteien unter Mitwirkung des Gerichts, in dem um Strafsachen vorzugsweise dem Gericht unter Mitwirkung der Parteien. Diese allein sind die Beweisführer — nicht aber Personen, vermittels welcher sie Beweis führen, welche die Erkenntnisquelle für den Richter sind. Das ist die Regel in jedem organisierten Prozefs. Schafft das Gericht anstatt der Parteien zur besseren Erkenntnis von Amtswegen Mittel bei, wie Sachverständige, so sind das deshalb Beweismittel, weil die Beweisführer (Parteien) deren Ergebnisse für sich in ihrem Parteiinteresse zum Beweise der zu beweisenden Sätze benutzen sollen und wollen zu ihren Beweisausführungen. Der Hauptfehler in den Heusler'schen, wie in manchen anderen, Ausführungen liegt darin, dafs man zu einseitig auffafst, entweder nur das Gericht oder nur die Parteien bei dem Beweise im Auge hat, während die Beweismittelbeschaffung, Beweiserhebung und Beweisaufnahme und die Beweisausführung mit ihren Zwecken und Aufgaben als eine gemeinschaftliche Thätigkeit des Prozefsorganismus der Parteien und des Gerichts im Zivilprozefs, des Gerichts und der Parteien im Strafprozefs, zur Erzielung möglichster Wahrheitserkenntnis, aufzufassen ist. Die Hereinziehung eines blofsen Erkenntnis-Hilfsmittels (der Sachverständigen) in die organischen Funktionen als „Beweisführer" verschiebt die richtigen Gesichtspunkte, ebenso wie der unklare Begriff der „Richtergehilfen" dies gethan hat. Die organischen Thätigkeiten des Gerichts und der Parteien ziehen die Sachverständigen als Erkenntnis- bez. Beweismittel herbei und benutzen sie zur Erfüllung ihrer funktionellen Aufgaben; das ist der einzig richtige Gesichtspunkt für die ganze Streitfrage! Dafs sie den Prozefsorganen eine notwendige Hilfe leisten, ist gar keine Frage, aber deshalb werden sie noch nicht solche selbst oder Vertreter derselben, etwa „Beweisführer". Derartige theoretische Versuche sind nur geeignet, die der Praxis sich täglich

teilens werden durch das erwägende Denken vermittelt und verschmolzen; die Möglichkeit einer die Sache begreifenden Wahrnehmung wird eben durch die besondere Bekanntschaft mit der Sache bedingt und geschaffen, welche gerade nicht jedermann eigen ist, wie das gewöhnliche, allgemeine Wesenverständnis, und welche den Sachverständigen zum Beweismittel für besondere Dinge macht.

Das mufste vorausgeschickt werden, um der Ausführung über die Benutzung der Gutachten Sachverständiger für die Beweisausführungen der Parteiredner näher treten zu können.

Wir prüfen auch hier die Beweisfähigkeit des Beweismittels vor dem Beweiswert des ihn schaffenden Beweisgrundes, wie bei dem Zeugenbeweis.

1. Die Beweisfähigket der Sachverständigen hängt wie die der Zeugen einesteils von ihrer persönlichen Befähigung, die Wahrheit zu finden und zu bekunden, anderenteils von ihrem guten Willen, unbefangen und unparteiisch dies zu thun, ab. Das meiste, was in dieser Beziehung im vorigen § von den Zeugen bemerkt worden ist, gilt auch für Sachverständige; daher ist hier nur noch dasjenige hinzufügen, was mit den Besonderheiten dieser zusammenhängt*).

a. Geht man davon aus, dafs die Sachverständigen den

bietenden, einfachen Auffassungen zu verschieben und zu verdunkeln trotz des Scheines einer blendenden Dialektik und eines leider zu oft sich in Absonderlichkeiten verirrenden „juristischen Scharfsinns“, den man im Volke „Spitzfindigkeiten“ zu nennen pflegt. Dem Richtigen am nächsten scheint der in praktischer wie in theoretischer Beziehung gleich wertvolle Kommentar von v. Wilmowski u. Levy a. a. O. 4. Aufl., S. 518 zu stehen: „Wie der Augenschein, so hat auch der Sachverständigenbeweis eine doppelte Funktion als amtliche Erkenntnisquelle und als Parteibeweismittel.“ Daraus wird als Folgerung abgeleitet: die Anordnung einer Begutachtung von Amtswegen, sobald die Hilfe Sachverständiger nötig oder wünschenswert erscheint (§§ 3, 135, 260 Z.-P.-O.), Nichtverpflichtung des Gerichts, einen angetretenen Sachverständigenbeweis zu erheben, wenn das Gericht sich selbst besondere Sachkunde beimifst und meint (§ 259), dafs eine Hilfe Sachverständiger entbehrlich sei, freie Wahl der Sachverständigen durch das Gericht und bei Verzicht einer Partei auf einen vorgeschlagenen Sachverständigen Befugnis, ihn doch zu vernehmen, und freie Würdigung der Ergebnisse der Gutachten.

*) Glaser a. a. O. S. 392 ff..

Mangel der erforderlichen individuellen Kenntnisse und Beurteilungsfähigkeit der Parteien und der Richter durch deren Unterrichtung („Instruktion") ersetzen oder ergänzen sollen, so mufs eine hervorragende geistige Befähigung oder eine erprobte Lebenserfahrung in dem fr. Wissenskreis bei dem heranzuziehenden Sachverständigen feststehen. Voraussetzung ihrer Heranziehung ist die Zweifelhaftigkeit eines für die Entscheidung einer Rechtssache wichtigen Punktes bei den Parteien und Richtern, welche ihren äufseren Ausdruck in Meinungsverschiedenheiten findet*). In einzelnen Fällen kann diese Zweifelhaftigkeit leicht ausgeschlossen werden durch Benutzung anerkannter Schriften („Autoritäten"), z. B. beim Beweis fremder Rechte, oder in anderen Rechtssachen abgegebenen Gutachten, welche gewissermafsen notorisch geworden sind, wie z. B. in Viehmängel-Prozefsen, in Patent- und Musterschutzsachen u. dgl. m., oder das Gericht vermag selbst durch eigenes Sachverständnis, wie bei der Schriftenvergleichung, die Zweifel auszuschliefsen. Jedenfalls sind aber alle derartigen Fälle der kontradiktorischen Erörterung in den Parteiverhandlungen zu unterziehen und ist von dem erkennenden Gericht ausdrücklich festzustellen, dafs es einen ernstlichen Zweifel nicht hege oder sich selbst die Begutachtung, ohne Beihilfe von Sachverständigen, zutraue; denn unzulässig wäre es, wenn das Gericht seine Erkenntnisquellen für sich bei der Beratung behielte und damit die Beweismitteleigenschaft dieser den Parteien zur Prüfung schon in der Verhandlung vorenthalten wollte.

Bleiben also Zweifel noch übrig, so ist es Pflicht des Gerichts, Sachverständige heranzuziehen, und von der Eigen-

*) Wenn auch § 73 der deutschen St.-P.-O. scheinbar das Recht der Auswahl und Zuziehung Sachverständiger dem Richter zuspricht, so ist er doch in einigen besonderen Fällen, auch abgesehen von der Leichenöffnung, zu letzterer verpflichtet und in §§ 91, 160 Abs. 2, und bei der Ladung Sachverständiger durch die Beteiligten (§§ 213, 426. 437, 219 St.-P.-O.) müssen solche vernommen werden, wenn die Beteiligten nicht darauf verzichten. Der § 73 St.-P.-O. lautet gleich wie § 369 Abs. 1 u. 2 Z.-P.-O.

artigkeit der zu beantwortenden Fragen hängt die richtige Auswahl der am meisten zu ihrer Lösung geeigneten Sachverständigen ab und gerade hierauf ist den Parteien in der mündlichen Verhandlung ein Einfluſs (Vorschlag*) und Vereinigung) von den Gesetzen eingeräumt werden. Es wird in der Praxis rücksichtlich der vorzugsweisen Befähigung und Verläſslichkeit der Auskunft eine nicht ausreichende Sichtung vorgenommen, ob ein Physiker oder Chemiker, ein solcher oder bloſser Gerichtsarzt, ein Augenarzt oder Optiker, eine chemische oder mikroskopische Untersuchung, ein Tierarzt oder sonstiger Tierkenner (Viehhändler) vorzuziehen sei, was heutigentages, wo es in Wissenschaft, Technik, und allen möglichen Verkehrsgebieten bis in die Einzelheiten reichende Forschungen und damit vertraute Persönlichkeiten („Specialisten") giebt, nicht schwer fällt**). Das Mass der Befähigung zu beurteilen, ist sehr schwer und nur nach den persönlichen Verhältnissen des Sachverständigen, nach seinem Bildungsgang und seinen in seiner Lebensstellung vermutlich oder erprobtermaſsen gemachten Erfahrungen zu beurteilen***). Der „Autoritätsglaube" muſs hier viel mitwirken bei Begründung der Ver-

*) Haben die Parteien bei dem Beweisantritt nach § 368 Z.-P.-O. nicht Sachverständige vorgeschlagen, so kann nach § 369 Abs. 3 das Gericht sie zur Bezeichnung geeigneter Personen als Sachverständige auffordern; die Nichtbefolgung dieser Aufforderung kann unter Umständen Beweisfälligkeit zur Folge haben; s. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. S. 512.

**) Damit soll nicht verkannt werden, daſs es in manchen Verhältnissen ganz besonderer Art kaum eine Auswahl von Sachverständigen geben kann und es sogar ausschlieſslich berufene Sachverständige bei einem Schwanken zwischen verschiedenen Arten Sachverständiger für die zu lösende Frage nicht giebt. Dann mag das Gericht, wenn es auch von den zunächst oder annähernd befähigt erscheinenden Sachverständigen keine ausreichende Unterrichtung erwarten kann oder erhalten hat, nach Feststellung der thatsächlichen Unterlagen, aus Büchern sich Rat erholen und eventuell selbst begutachten.

***) Geyer a. a. O. § 208 unter V. 1 erwähnt als Anhaltspunkte für die Abschätzung der Fach- und Berufskenntnis: notorische Anerkennung der Fachgenossen des Sachverständigen, staatliche Anstellung, Beglaubigung oder Auszeichnung derselben, sowie langjährige Erfahrung und Übung, besonders im Erstatten ähnlicher Gutachten, etwa auch das allgemeine Vertrauen des Publikums; vielfach sehe der Richter sich immerhin auf Autoritätenglauben angewiesen.

läfslichkeit der Gutachten; Äufserlichkeiten dürfen weniger bestechen als die Erprobung gewisser ständiger Sachverständiger wie Gerichtsärzte, Gerichtschemiker, an Untersuchungsstationen langjährig Angestellte, welche gerade in der vor Gericht vorkommenden Begutachtung Erfahrung genug gesammelt und gerade erlernt haben, das zu erkennen und festzustellen, auf was es im einzelnen Fall ankommt, weil sie von dem Gericht auf die festzustellenden Punkte genau hingewiesen zu werden pflegten. Hierin liegt die ganz besondere Befähigung des Sachverständigen, wie sie bei den zuletzt erwähnten Personen hervortritt.

Natürlich schliefst sich hieran auch die besondere Befähigung zur sicheren Darstellung des Befundes — visum repertum — und der erheblichen, grundlegenden thatsächlichen Um- und Zustände, sowie der daraus zu ziehenden Schlufsfolgerungen im Gutachten — parere — in einer entsprechenden, d. h. den Prozefsorganen nicht blos verständlichen, sondern auch für sie überzeugend wirkenden Ausdrucksform, welche auch Erzeugnis der Übung und einer zu erlernenden Kunst ist*). Die gesetzlichen Vorschriften über Sachverständigenvereine sind zu beachten.

b. Die Bürgschaften für den guten Willen des Sachverständigen, die Wahrheit zu finden und zu bekunden und zwar unbefangen und unparteiisch, liegen in Folgendem:

α) Die für die Auswahl der Sachverständigen mafsgebenden gesetzlichen und allgemeinen Normen**), sowie der

*) Nach § 73 Abs. 2 der deutsch. St.-P.-O. soll der Richter für gewisse Arten von Gutachten öffentlich bestellte Sachverständige (Gerichtsärzte und Gerichtschemiker) in der Regel und nur dann andere Personen, wenn es besondere Umstände erfordern, wählen. Vergl. §§ 87, 83, 193, 213, 218—220, 243 Abs. 3 St.-P.-O. und § 118 Abs. 2 der österreich. St.-P.-O. Vergl. deutsche Z.-P.-O. § 369 Abs. 2.

**) Die deutsche St.-P.-O. hat in §§ 74, 22 Z. 1—4 über Ablehnung und Ausschliefsung von Sachverständigen bestimmt; der begründet abgelehnte darf nicht mehr als Sachverständiger thätig sein und sein bereits erstattetes Gutachten nicht weiter benutzt werden, wohl aber darf er Zeuge nach § 85 sein, da ein solcher nicht abgelehnt werden darf. In § 87 ist wegen vermuteter Befangenheit der Arzt, welcher

Einflufs der Parteien auf jene Auswahl bieten eine Gewähr, dafs auch die zur Unterrichtung der Parteien und des Gerichts beigezogenen „Gehilfen“ bei der Beweisfeststellung, ähnlich den Richtern, ihre Urteile unbefangen und unparteiisch abgeben. In Verhältnissen, welche die Auswahl beengen, ist umsomehr die Beeinflussung seitens der einen oder anderen Partei abzuhalten, als gerade die Parteien die Sachverständigen vorschlagen, auf deren Auffassungen sie die Durchsetzung ihrer Ansprüche und ihren Beweis stützen; auch liegt es gar zu sehr in der menschlichen Natur begründet, dafs einmal von einer Partei um Rat befragte Sachverständige, bei allem Streben unbefangen und gerecht zu urteilen, nicht leicht von ihrer Meinung abgehen und Parteisachverständige werden, vollends wenn sie mit Gegensachverständigen in Widerspruch treten, wodurch die Gegnerschaft oft recht schroff, bis zur Leidenschaftlichkeit, hervortritt, infolge dessen die Befähigung des Sachverständigen, weiter als Beweismittel verwendet werden zu können, bis zur Aufhebung beeinträchtigt werden kann; selbst die äufserste Gewissenhaftigkeit wird gefährdet durch das Gefühl, zu Ungunsten der Partei an entscheidender Stelle auszusagen, welche sich auf des befragten Sachverständigen Meinung verlassen und deshalb diesen vorgeschlagen oder geladen hat, zumal wenn davon Sieg oder Unterliegen allein abhängt. Zur Beseitigung derartiger Bedenken gegen die Unbeugsamkeit des Willens der Sachverständigen, zur Wahrheitsfeststellung mitzuwirken, ist die Auswahl der letzteren vorzugsweise in das Ermessen des Gerichts gelegt (ausnahmsweise nach Z. 4 § 369 der Z.-P.-O. in die Vereinigung der Parteien) und damit wird eine Gegenvermutung gegen Unbefangenheit und Unparteilichkeit ausgeschlossen. Einwendungen gegen letztere auf Grund bestimmter Thatsachen bleiben den Parteirednern selbstverständlich nicht verwehrt.

den Verstorbenen in der dem Tod unmittelbar vorausgegangenen Krankheit behandelt hat, von der gerichtlichen Leichenöffnung ausgeschlossen.

β) Eine weitere Gewähr für Unbefangenheit und Unparteilichkeit liegt auch in der Stellung eines Sachverständigen in der bürgerlichen Gesellschaft, in seiner persönlichen Würde und in dem Ansehen, das er als Fachmann sich errungen oder verschafft hat. Die ständigen Sachverständigen vor Gericht pflegen sich eines besonderen Vertrauens zu erfreuen und recht greifbar stechen diejenigen ab, welche ein Sachverständigentum als Erwerbsquelle suchen und benutzen und deshalb, wenn auch weniger gegen ihre Unparteilichkeit (Zugänglichkeit auch für Parteibestechungen), doch gegen ihre sachliche Gewissenhaftigkeit, Gründlichkeit und selbst Unbefangenheit einigen Verdacht erwecken. Die Gewerbsmäfsigkeit macht hier keinen günstigen Eindruck, so wenig wie im gewöhnlichen Leben bei Ärzten, Advokaten, Lehrern, Geistlichen und allen Personen in Vertrauensstellungen. Eine etwas zweifelhafte Unterstützung findet obige Gewähr in der Erhaltung des Ansehens eines Sachverständigen als Fachautorität und als unparteiischen Urteilers, weil er in Konflikt zwischen beiden Eigenschaften geraten kann gegenüber anderen Sachverständigen. Giebt er der Wahrheit die Ehre und läfst er aus diesem Grunde eine aufgestellte Meinung fallen, so wird die Achtung vor seinem Charakter steigen und nur bei Kurzsichtigen er an seinem Ansehen als Autorität einbüfsen. Starres Festhalten, gegenüber einer probabeln Gegenansicht, zumal aus Eigenliebe, wird dem Beobachter aus Erfahrung leicht erkennbar und vermag im letzteren Falle alsdann die Beweisfähigkeit zu beschränken oder aufzuheben. Überhaupt darf der „Autoritätsglaube“ die Beurteiler von Sachverständigenangaben nicht der Prüfung derselben nach ihren objektiven Merkmalen der Wahrheit und Richtigkeit der Auskunft überheben; ein Gutachten eines Kollegiums kann immerhin weniger die Wahrheit getroffen haben, als das entgegenstehende eines einzelnen speziell erfahrenen Sachverständigen.

γ) Auf den Willen des Sachverständigen, den Prozefsorganen die ganze und unverfälschte Wahrheit nach seinem besten Wissen und Kenntnissen und gemäfs den Regeln

seiner Kunst zu vermitteln und dies unbefangen und unparteiisch zu thun, ist von besonderem Einflufs die Gefahr einer leichteren Entdeckung, als ihr ein Zeuge rücksichtlich seiner unwahren Angaben ausgesetzt ist, wenn er zu befürchten hat, dafs der zweite oder dritte Sachverständige, welcher zugezogen worden oder noch werden kann, seine Wahrnehmungen und Schlufsfolgerungen nachprüfe und zu anderen, abweichenden oder entgegengesetzten Ergebnissen gelangen würde; die einem unaufmerksamen oder fahrlässig, vollends vorsätzlich, Falsches bekundenden Sachverständigen nachgewiesene Entdeckung macht ihn gänzlich unfähig für diesen und für alle weiteren Fälle — er darf getrost von der Wahlliste gestrichen werden; aber auch nur eine wahrscheinliche Entdeckung grober Unrichtigkeiten beeinträchtigt die Beweisfähigkeit. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach §§ 154 und 163 des deutschen St.-G.-B. steht auch hinter derartigen Auskunftserteilungen (Befund wie Gutachten i. e. S.), nur dafs der Nachweis eines falschen Eides hier wegen der Deckung mit nie ganz unbedingter Beschaffenheit der Beurteilung viel schwerer ist, als der eines Zeugeneides; unter Umständen kann auch eine Schadensberechnung sich an ein nachweislich falsches Gutachten eines Sachverständigen, dessen bewufste Unwahrheit oder grobes Verschulden festzustellen war, knüpfen.

2. Der Beweiswert oder die Beweiskraft der Sachverständigengutachten, deren Inhalt Beweisgrund ist, wie der der Zeugenaussage, kommt bei der Beweisführung nächst der Beweisfähigkeit des Beweismittels in Frage. Was im vorigen § unter Abs. 2 für den Zeugenbeweis insoweit geltend gemacht worden ist, gilt entsprechend der Eigenart des Sachverständigenbeweises auch hierfür.

a. Rücksichtlich der Vernehmung der Sachverständigen ist Folgendes zu beachten:

α) Wie bei Zeugen so auch hier kann die Feststellung der Identität der dem Gericht von Person noch nicht bekannten Sachverständigen nicht umgangen werden (vergl.

vorigen § unter 2. a. α); denn es kann leicht vorkommen und kommt nicht selten vor, dafs statt des Geladenen nur von ihm beauftragte, etwa in seinem Geschäft angestellte Vertreter, Gehilfen u. dgl. erscheinen, weil der geladene Sachverständige der Meinung ist, dafs diese Vertreter ihn auch vor Gericht vertreten können; dann bedarf es, wenn das Gericht auf diese Änderung sich einlassen will, erst einer Befähigungsprüfung. Ist schon ein schriftliches Gutachten, vielleicht auch eines Fachkollegiums, zu den Akten gebracht worden*), so hat der zur Vertretung desselben in der Verhandlung erscheinende Sachverständige sich darüber vor Gericht auszuweisen, dafs er Urheber oder Miturheber und zur mündlichen Ausführung Berufener bezw. Beauftragter des Kollegiums sei**). Ist eine gerichtliche Augenscheinseinnahme mit dem Sachverständigen der mündlichen Verhandlung vorausgegangen, so wird dieser durch das darüber aufgenommene Protokoll sich auch zur Abgabe der daran sich schliefsenden Begutachtung vor dem erkennenden Gericht diesem gegenüber legitimieren können mit Hilfe der an ihn ergangenen Vorladungsurkunde. Aufserdem, wenn ein Sachverständiger allein an Ort und Stelle sich aufsergerichtlich, auf ergangene Weisung oder ohne solche unterrichtet und für sich Augenschein eingenommen hat, ergiebt sich leicht aus der Darstellung seines Befundes und der daran sich knüpfenden Begutachtung, ob er auch der berufene Sachverständige ist.

β) Die Prozefsgesetze haben weiter für die den meisten

*) Der sonst mit § 377 Z.-P.-O. übereinstimmende § 83 St.-P.-O. gestattet ausdrücklich ein Gutachten von Fachbehörden einzuholen; die Z.-P.-O. geht von einzelnen Personen als Sachverständigen aus, aber damit ist die Einholung eines Gutachtens einer Fachbehörde nicht ausgeschlossen, R.-G. im Urt. v. 28/X. 1882 bei v. Wilmowski und Levy zu § 369 Z.-P.-O. Anm. 1; nur finden die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis unmittelbar darauf nicht Anwendung.

**) Im Abs. 2 des § 255 St.-P.-O. heifst es: „Ist das Gutachten einer kollegialen Fachbehörde eingeholt worden, so kann das Gericht die Behörde ersuchen, eines ihrer Mitglieder mit der Vertretung des Gutachtens in der Hauptverhandlung zu beauftragen und dem Gericht zu bezeichnen.“

Sachverständigen gegenüber weniger als den Zeugen gegenüber notwendige Bürgschaft der Verläfslichkeit ihrer Angaben in der provisorischen Vereidung jener gewährt. Da sie stets stattfinden mufs, können Eidesunfähige nicht zu Sachverständigen gewählt werden. Die Wahrung der gesetzlichen Vorschriften bedingt die Benutzung der Gutachten für die Beweisführung und es kann hier nur auf sie verwiesen werden*). Der im § 79 der deutschen St.-P.-O. für Sachverständige vorgeschriebene Eid: „das erforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen" zu erstatten, umfafst auch den Befund als thatsächliche Unterlage des Gutachtens i. e. S. — aber er umfafst nicht, wie der Zeugeneid, die sog. Generalfragen an den Sachverständigen, wegen welcher unter Umständen der Zeugeneid besonders abzunehmen wäre. Gegen ein Urteil, welches auf einem durch Eid nicht gedeckten Gutachten, auch wenn der Sachverständige den Zeugeneid geleistet hätte, beruht, ist die Revision begründet (R.-G. I. Z.-S. im Urt. v. 16./XI. 1881 u. II. St.-S. im Urt. v. 10./XII. 1880). Die Möglichkeit einer Berichtigung ist, wie den Zeugen, auch den Sachverständigen gegeben; vergl. §§ 157, 158 des deutschen St.-G.-B.'s.

γ) Die Thätigkeit der Sachverständigen wird von dem Gericht angeregt und geleitet. Die Beweissätze und die einzelnen Punkte, welche von Erheblichkeit für die Sache sind, hat das Gericht ihnen zu unterbreiten. Dabei bedarf es der Feststellung der Identität von Gegenständen, welche die Anknüpfungen für die Begutachtung ergeben sollen, auch

*) Während die österreich. St.-P.-O. § 121 Abs. 2 die Beeidigung vor Beginn der Thätigkeit der Sachverständigen überhaupt vorschreibt, soll sie nach § 79 der deutschen St.-P.-O. der Erstattung des Gutachtens spätestens vorausgehen. Ein allgemein geleisteter Verpflichtungseid befreit von der besonderen Eidesleistung, nur mufs jener vom Vorsitzenden jedenfalls, auch unter bezug auf Gerichtskundigkeit, festgestellt werden und dem Sachverständigen ist die Versicherung, dafs er auf jenen allgemeinen Eid aussage, abzunehmen etwa mit einer blofsen Bejahung, während ein blofser Hinweis auf die allgemeine Verpflichtung nicht genügt (R.-G. Urt. v. 24./II. 1883 mit Urt. v. 10./XII. 1880).

wenn ein gerichtlicher Augenschein dazu keine Gelegenheit bieten sollte; meistens erfolgt die sachverständige Untersuchung in Gegenwart des Gerichts und nach Vorzeigung oder Vorlegung des zu prüfenden Gegenstandes*).

Nach dem Grundsatze der Unmittelbarkeit dürfte die mündliche Vernehmung der Sachverständigen die Regel bilden; die Prozefsgesetze stellen es in das Ermessen des Gerichts, ein schriftliches Gutachten beizuziehen, was im Strafverfahren wenigstens im Vorverfahren meistens als „vorläufiges Gutachten“ beigezogen wird, woraufhin dann in der Hauptverhandlung die Ausführung und Begründung durch den Sachverständigen mündlich erfolgt. Auch im Zivilprozefs (§ 376 Z.-P.-O.) „kann das Gericht das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere“, welches er zuvor unterschrieben auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen hatte. In beiden Rechtsverfahren ist eine Vorbereitung des Gutachtens durch Akteneinsicht, Anstellung von Beobachtungen, Anwesenheit und Fragestellung bei Vernehmung von Zeugen und Beschuldigten, Besprechung mit anderen Sachverständigen gestattet. Bei der mündlichen Vernehmung gelten die Vorschriften für Zeugenvernehmungen, nur ist hier eine getrennte Vernehmung mehrerer Sachverständigen nicht geordnet wie bei Zeugen und sie pflegen auch der ganzen mündlichen Verhandlung beizuwohnen**). Ob sie ihr Gutachten gemeinschaftlich oder einzeln erstatten, ist in das Ermessen des Ge-

*) Deutsche St.-P.-O. § 69, österreich. St.-P.-O. § 122. Eine Auflage seitens des Gerichts an den Sachverständigen, sich den zu begutachtenden oder für die Fertigung des Gutachtens, wichtigen Gegenstand zur sinnlichen Wahrnehmung zu bringen, kennen die Prozefsgesetze so wenig wie eine gleiche an einen Zeugen; sie enthalten aber auch kein Verbot dessen; es kann so die Besichtigung durch das Gericht einigermafsen durch die Vernehmung der Auskunftspersonen ersetzt werden. S. v. Kries a. a. O. S. 199.

**) Wenn ein Sachverständiger gleichzeitig auch Zeuge ist, so hat er, wenn andere Zeugen über den fragl. Beweissatz vernommen werden, bis zu seiner eigenen Vernehmung abzutreten.

richts gelegt*); die Abgabe von Gründen ist nicht vorgeschrieben und zuweilen, z. B. bei Abschätzungen, kaum erforderlich, in wichtigeren Fällen aber selbstverständlich und vom Richter zu veranlassen. Schriftliche Gutachten öffentlicher Behörden und ärztliche Atteste über Körperverletzungen, welche nicht zu den schweren gehören, deren mündliche Erläuterung nicht angeordnet ist, dürfen in der Hauptverhandlung verlesen werden, Protokolle über richterliche Vernehmung von Sachverständigen nur ganz ausnahmsweise und nur auf Gerichtsbeschlufs nach § 250 vergl. mit §§ 222 und 255 St.-P.-O.

Im Zivilprozefs fehlt es an einer desfallsigen Vorschrift und es bleibt, da ein Verbot des Vorlesens aus der Mündlichkeit entlehnt wird, den Parteien überlassen, das auf der Gerichtsschreiberei niedergelegte Gutachten einzusehen und sich davon zu überzeugen, ob auch die Formvorschriften rücksichtlich der Unterschrift des Gutachtens, sowie der Beeidigung des Sachverständigen, welche meist vor beauftragtem oder ersuchten Richter erfolgt und bei der Instruierung des Sachverständigen vor Beginn seiner Thätigkeit zu geschehen hat, sofern nicht eine Berufung auf den allgemeinen, vorausgegangenen Eid zulässig ist, gewahrt worden sind. Es wird aber auch zulässig sein, dafs die Parteien die Feststellung der Wahrung der Formvorschriften und die Vorlesung oder mündliche Berichtung der Ergebnisse des Gutachtens durch den Vorsitzenden veranlassen. Jedenfalls aber haben nach § 258 Z.-P.-O. die Parteien den Inhalt des Gutachtens vorzutragen, da das nicht vorgetragene Aktenmaterial von der Be-

*) Es ist den Sachverständigen nicht untersagt, sich untereinander zu besprechen, auch nicht vorgeschrieben, dafs sie getrennt ihre schriftlichen Gutachten erstatten sollen, was bei der nicht seltenen Übereinstimmung zu Weitläufigkeiten führen würde; dasselbe gilt von mündlichen Gutachten. Aus der Richtergehilfen-Eigenschaft wird gefolgert, dafs bei ihnen selbständiges Denken und Urteilen vorauszusetzen ist, mithin die Vorsichtsmafsregeln, welche das Gesetz für Zeugen in dem Einzelverhör zur Ermittelung der Glaubwürdigkeit getroffen hat, hier nicht Platz greifen; vergl. R.-G. II. Z.-S. im Urt. v. 1./XI. 1882.

rücksichtigung beim Urteil ausgeschlossen gilt (Motive S. 204; R.-G. Urt. v. 25./I. 1881 u. 19./XII. 1884)*).

Der Kritik der Gutachten seitens des Gerichts ist ein freier Spielraum gelassen. Es ist auch hier von Bedeutung, dafs das Gericht unter Mitwirkung der Parteien in beiden Arten des streitigen Rechtsverfahrens festzustellen hat, ob die erheblichen Punkte genügend und vollständig, klar und widerspruchslos begutachtet worden sind, ob den Mängeln durch Wahrnehmung anderer oder durch ergänzende derselben Sachverständigen abzuhelfen sei**). Gerade die mündliche Vernehmung bietet hier den Prozefsbeteiligten besondere Gelegenheit, durch Fragestellungen die wesentlichen Punkte aufzuklären und gemeinschaftlich die Beantwortung der Fragen nach Inhalt und Form festzustellen, was bei einem schriftlichen Gutachten, das eben deshalb der Anfechtung weit mehr ausgesetzt ist, nicht möglich ist, sofern nicht eine mündliche Erläuterung angeordnet wird. Es ist also auch hier diese Feststellung der Akt, welcher dem Sachverständigen-Gutachten seine Beweiskraft sichert***), wie bei der Zeugenaus-

*) Die Zustellung einer von Sachverständigen abgegebenen schriftlichen Begutachtung kann nicht die in § 320 Z.-P.-O. vorgeschriebene gerichtliche Aufnahme des Beweises ersetzen, auch nicht die Anordnung schriftlicher Begutachtung bezw. Niederlegung der schriftlichen Gutachten auf der Gerichtsschreiberei; die Gestattung des Vortrags schriftlicher Äusserungen Sachverständiger kann nicht als Anordnung schriftlicher Begutachtung gelten; vergl. R.-G. V. Z.-S. im Urt. v. 8./III. 1883.

**) Vergl. § 377 Z.-P.-O. u. § 80 der deutsch. St.-P.-O. Der Richter darf, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung eines Gutachtens mit Erfolg abgelehnt worden ist, eine Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen. Streitfrage: ob er hier genötigt sei, dies zu thun, wenn ein zweiter nicht über dieselbe Frage vernommen ist? s. Geyer a. a. O. S. 505.

***) Bei dieser Feststellung hat man sich davor zu hüten, dafs man nicht die Prüfung der Anwendbarkeit der gesetzlichen Merkmale auf die konkreten Thatsachen, z. B. bei geschlechtlichen Vergehen und Körperverletzung, auf die Sachverständigen übertrage, sie nicht veranlasse, richterliche Urteile an die ihnen nur gebührenden anzuknüpfen. Die rechtlichen Schlufsfolgerungen sind hier sorgfältig von den rein thatsächlichen (des logischen Beweises) getrennt zu halten. Die Sachverständigen sind selbst sehr geneigt, über ihre Grenzen hinaus- und in die richterliche Beurteilung überzugreifen, z. B. rücksichtlich der Verschuldungsfragen.

sage; wie eine blofse private schriftliche Zeugenaussage kein Beweisgrund sein kann, so sollte auch ein schriftliches Gutachten, das nicht als Protokollanlage oder in einem gerichtlichen Protokoll niedergelegt worden ist, nicht Beweisgrund sein dürfen, falls es sonst nicht als öffentliche Urkunde erscheint (§§ 92 und 255 der deutschen St.-P.-O.).

b. Das Gericht hat nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung ein unbegränztes Recht zur Prüfung und Verwertung des Inhalts der Sachverständigen-Gutachten. Es mufs zwar, soweit der Sachverständige ihm allgemeine, seiner Fachwissenschaft oder Kunst, Gewerbe u. dgl. eigentümliche Sätze darbietet, so lange nicht positive Gründe des Mifstrauens entgegenstehen, ihm wie einem Zeugen oder den Angaben eines Befundes Glauben schenken, aber es kann sich bei einem anderen Sachverständigen leichter eine Aufklärung verschaffen, als bei einem Sachbefunde, wo die Kontrolle, wenn nicht ein zweiter ihn gleichzeitig und gleichmäfsig vorgenommen hat, wie beim einseitigen Zeugnis, ausgeschlossen ist.

Was im vorigen § über die Beschaffenheit der Zeugenaussage bemerkt worden ist, kommt analog auch hier zur Anwendung. Nur folgende Punkte sind für das Gutachten der Sachverständigen noch besonders ins Auge zu fassen.

α) Zunächst kommt, wie bei dem Zeugen der Wissensgrund, hier die Art der zum Zweck der Begutachtung angestellten Wahrnehmungen und Beobachtungen in Frage, d. i. die Methode der Erkenntnis aus der Sachverständigen-Untersuchung für Feststellung des Befundes oder, wie und wodurch der Sachverständige sich die thatsächlichen Unterlagen für seine Beurteilung verschaffte, ob die Umstände eine genaue Prüfung gestatteten, ob die Gefahr einer Täuschung ausgeschlossen war, ob die Untersuchung vollständig gewesen, ob sie ohne Beeinflussung von aufsen durch andere Personen, Gerede und Gerüchte, vorgefafste Meinungen geschah, besonders, ob die thatsächlichen Unterlagen des Gutachtens mit den sonst im Beweis oder durch das Verfahren festgestellten übereinstimmen oder nicht u. s. w. Einen Anhalt zur Nach-

prüfung bieten die von den Parteirednern und den Richtern selbst gemachten Erfahrungen, Privatstudien und Fragen an den einzelnen oder die Sachverständigen, welche zur Kontrolle beigezogen waren.

β) Weiter kommt es darauf an, dem Beurteiler des Gutachtens Gewifsheit darüber zu verschaffen, dafs die Gründe, welche den Sachverständigen dazu bestimmen, den Ausspruch seiner Begutachtung an den Befund anzuknüpfen, nicht blos in seiner Auffassung und Meinung, sondern in seiner aus den Lehren und Regeln seiner Wissenschaft und Kunst geschöpften Erkenntnis und Erfahrung wurzeln. Die Darlegung der ojektiven Grundlage, der Theorie oder Regelsätze, nach welchen der Sachverständige mifst und urteilt, giebt dem Beurteiler ein Vertrauen und eine Sicherheit dafür, dafs der Sachverständige nicht blos nach individueller Auffassung ein Gutachten abgiebt, sondern dafs erprobte Sätze ihm zum Mafsstab dienen. Die Wahrheit und Richtigkeit dieser eingehend und vollständig nachzuprüfen, wird nur wieder ein Sachverständiger vermögen; der Richter mag sich durch Privatstudien leicht in die Lage versetzt fühlen, sein Stückwissen und allgemeine Gefühlstheorieen zur Beurteilung der allgemeinen Sätze und Regeln mit zu verwenden, auch vielleicht sogar zur Schau zu stellen; allein er soll sich wohl hüten, sein allgemeines und oberflächliches Wissen über das des Sachverständigen zu setzen. Dasselbe gilt von den Parteirednern, welche Kritik an dem Gutachten der Sachverständigen üben. Stellt sich heraus, dafs über die Anwendung von allgemein giltigen Obersätzen in dem Sachverständigenbereich Streitfragen und Zweifel bestehen, dann wird das Gericht schon bei der Wahl von Sachverständigen Sorge dafür zu tragen haben, dafs die gegenüberstehenden Ansichten ihre Vertreter unter der Mehrheit der Sachverständigen finden, um jeder Seite gerecht zu werden; es kann aber nach Darlegung solcher Abweichungen in thesi den wissenschaftlich Gebildeten nicht schwer fallen, sich der einen oder anderen Meinung und Auslegung nach Abwägung anzuschliefsen und

damit einen entscheidenden Standpunkt einzunehmen, von welchem aus Kritik geübt werden kann, und es ist nicht ausgeschlossen, selbst eine Vermittelung zu finden, welche die Sachverständigen für ausgeschlossen erachtet haben — vielleicht aus Einseitigkeit oder Starrheit.

γ) Zur Prüfung der Begründung eines Gutachtens gehört weiter, wie beim logischen Beweise, die Feststellung der unterzuordnenden Thatsachen (Prämisse als Untersatz), welche vor allen Dingen, nötigenfalls durch andere besondere Fachmänner, bewiesen sein müssen. Die Auffindung des zwischen dem Ober- und Untersatz liegenden richtigen Mittelbegriffes ist von Wichtigkeit.

δ) Daran schliefst sich die Prüfung der Richtigkeit der Schlufsfolgerung; freilich kann sich eine scheinbare Unschlüssigkeit aus dem Übersehen oder Übergehen eines Mittelgliedes erklären. Man kann die Schlufsfolgerung ablehnen oder durch eine andere ersetzen, wenn man sicher ist, dafs eine vollständige Darlegung der Prämissen seitens der Sachverständigen erfolgt ist. Unterstützt wird aber, wie beim Zeugnis, die Annahme der Richtigkeit eines sachverständigen Urteils durch die innere Wahrscheinlichkeit der von ihm bestätigten Thatsachenbehauptung.

ε) Wie beim Zeugnis erstreckt sich die Kritik zur Prüfung der Beweiskraft auch auf mehr äufserliche Erscheinungen, welche das Gutachten und seine Abgabe begleitet haben. Deutlichkeit und Bestimmtheit, Harmonie der Teile und innerer Zusammenhang des Gutachtens mit dem Beweissatze dienen zur Gewinnung des Vertrauens; das Gegenteil davon beeinträchtigt dasselbe. Unsicherheit und Schwanken eines Sachverständigen machen ebenso bedenklich wie allzugrofse Sicherheit oder gar der Versuch eine, hier keineswegs erforderliche, apodiktische Gewifsheit, welche etwa ein Sachverständiger zu schaffen vermeinen könnte, zu liefern; dem gegenüber ist der Sachverständige mit den Grundsätzen des Beweisrechts bekannt zu machen, namentlich damit, dafs es sich nur um Gewinnung von Gewifsheit im Sinne der höchsten Wahrscheinlichkeit

handle. Natürlich ist die Kritik beim Vorliegen nur eines einzigen Gutachtens noch strenger zu üben, als wenn mehrere vorliegen, deren Übereinstimmung eine Gewähr für die objektive Richtigkeit oder Wahrheit bietet. Bei einem Widerspruch dieser jedoch unter einander kann nicht die Zahl, sondern es mufs das Gewicht entscheiden, bei welchem der Mangel formeller und sachlicher Fehler des einzelnen Gutachtens Auschlag gebend ist; bleiben Zweifel, so ist wie bei dem Zeugenbeweis zu verfahren und nur ausnahmsweise, z. B. bei Schätzungen, kann von der Beweiswürdigung soweit Gebrauch gemacht werden, dafs das Gericht sein eigenes Wissen zur Ergänzung zu Hilfe nimmt*).

§ 49.

4. Urkundeninhalt.

1. Den vielfachen Unsicherheiten, welche die Lehre vom Urkundenbeweise aufzuweisen hat, da der Urkundenbegriff in Doktrin und Gesetzgebung noch nicht festbegrenzt erscheint, wird am besten begegnet werden, wenn man sich an die Art und Weise hält, wie im praktischen Leben mit der Urkunde als Beweismittel in Rechtssachen verfahren wird bis zur Feststellung der beweisenden Kraft des Inhalts einer Urkunde. Die Würdigung der Beweiskraft des Urkundeninhalts unterscheidet sich von der der Zeugen- und Sachverständigenaussagen in nichts; denn wie bei diesen die mündliche oder schriftliche (protokollarische) Erklärung, so ist bei der Urkunde die „sachlich" festgestellte und dem Gesicht oder

*) Dafs ein richterlicher Eid nicht zur Ergänzung des Beweises durch Sachverständige aufzuerlegen ist, folgt nicht, wie Gaupp a. a. O. II. S. 421 annimmt, aus der richterlichen Gehilfenschaft des Sachverständigen, da diese ebenso dem Beweisführer geleistet wird, als vielmehr aus der Natur des Gutachtens als eines auf Schlufsfolgerung beruhenden Urteils; über die thatsächlichen Unterlagen (Prämisse als Untersatz) kann geschworen werden. Eine Ausnahme bildet die eidliche Schätzung des Schadens oder eines Interesse durch den Beweisführer auf Anordnung des Gerichts in § 260 Z.-P.-O.

bei einer Verlesung der Urkunde dem Gehör wahrnehmbar gemachte Gedankenmitteilung des Urkundenausstellers das Erkenntnismittel des Beweisgrundes. Die Frage um die Beweiskraft des Urkundeninhalts wird endgiltig erst bei der Beweiswürdigung bez. Beweisführung der Parteien, wo alles Beweismaterial in seinem Zusammenhang vorliegt und sich ermessen läfst, ob die betreffende Thatsachenbehauptung, welche durch den Urkundeninhalt bewiesen werden soll, noch rechtserheblich ist oder nicht, zur Erörterung gebracht und entschieden; in den meisten Fällen läfst sich das zwar schon vorher übersehen, aber mit entscheidender Gewifsheit ist erst bei der Beweisprüfung, wo alle Einzelheiten übersehbar sind, ein Urteil über die Beweiskraft des Urkundeninhaltes als eines Beweisgrundes für die Wahrheitsannahme bezüglich der Thatsachenbehauptung, auf welche sich jener bezieht (wofür er beweisbehelflich ist), endgiltig möglich. Zu dieser Prüfung gelangt der Beurteiler jedoch erst unter der Voraussetzung, dafs auch der Träger (Substrat) des Beweisgrundes, das Beweismittel, die Urkunde, beweisfähig ist. Es ist ganz besonders hier der Unterschied zwischen Beweiskraft des Beweisgrundes und Beweisfähigkeit des Beweismittels hervorzuheben, weil in der letzteren das Wesen des Urkundenbegriffes ruht, um dessen Feststellung die Theorie sich noch heute recht ernstlich bemüht; aber auch in der Praxis fragt es sich bei dem Mangel einer begriffsmäfsigen Begrenzung der „Urkunde", ob wirklich ein als solche gebrauchtes Beweisstück auch nach den in den Gesetzen rücksichtlich der „Urkunden" geltenden Regeln zu beurteilen sei? Dadurch unterscheidet sich der Urkundenbeweis erheblich von allen anderen Beweisen, wo die Beweismitteleigenschaft, wie bei Zeugen und Sachverständigen, keine Zweifel verursacht.

Es geht also, auch im Prozefs, der Beurteilung der Frage, ob dasjenige, was die Urkunde in sich an ausgedrücktem Gedanken ihres Ausstellers enthält, auch für den Beweissatz wirklich und endgiltig beweisend sei, eine, oft ein besonderes Verfahren erfordernde, Vorprüfung der Frage voraus, ob

auch das als „Urkunde“ eingeführte Beweismittel wirklich die Eigenschaften einer Urkunde habe und beweisfähig sei?

Prüft man die Beweisfähigkeit einer Urkunde, so fragt man natürlich zuerst danach, ob auch äufserlich sich dieselbe als ein Glauben verdienender Beweisträger darstelle, dann aber ob das darin Bekundete in irgend einer Beziehung zu dem Beweissatz stehe, es zu bewahrheiten vermöge oder, wie in Reichsgerichtsentscheidungen passend gesagt wird, „beweisbehelflich“ sei. Diese Prüfung ist bei jeder Urkunde eine vorausgehende, gewissermafsen eine Prüfung prima facie, vista; findet man, dafs der Inhalt der Bekundung keinen Bezug zu dem Beweissatz habe, so wird man nicht Ursache haben, auf die Prüfung der Urkundenform noch näher einzugehen, welche oft eine mancherlei Mühe verursachende Thätigkeit erfordert. Zur Feststellung des Urkundenbegriffes bedarf es im Rechtsverfahren also des Nachweises der Beweisfähigkeit, welche sich zusammensetzt aus der Beweisbehelflichkeit und der Echtheit (Authentizität) der Urkunde und welche hier zur Feststellung des Urkundenbegriffes nach diesen beiden Eigenschaften im voraus zu erörtern ist. In dem bisherigen Mangel einer gehörigen Trennung dieser beiden Begriffe von der Beweiskraft (des Inhalts) liegt wohl die Ursache der so vielen Unsicherheiten der Doktrin bei der Feststellung des Urkundenbegriffes.

Im allgemeinen hat es die Beweisführung in Rechtssachen mit solchen Urkunden zu thun, welche Beweismittel sein können für rechtserhebliche Thatsachenbehauptungen oder solche, welche zum Beweise für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind*), denn nur rechtserhebliche

*) Im § 247 des früheren preufsischen St.-G.-B.'s hiefs es: „Unter Urkunde ist jede Schrift zu verstehen, welche zum Beweise von Verträgen, Verfügungen, Verpflichtungen, Befreiungen, und überhaupt von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist.“ Die Beschränkung auf „Schriftstücke“ ist für das R.-St.-G.-B. ausweislich der Gesetzesmotive fallen gelassen, so dafs jeder körperliche leblose Gegenstand, auch ohne „von Menschenhand gefertigt“ zu sein, Urkunde werden kann; Urt. des R.-G. v. 9./II. 1881.

Thatsachen sollen Gegenstand eines Beweises sein; sonach kommen Urkunden, welche zwar für andere Thatsachenbehauptungen, als rechtserhebliche, beweisbehelflich sind, als Urkunden im beweisrechtlichen Sinne, d. h. als im Rechtsverfahren beweisfähige nicht mehr in Frage*). Der potenzierte Begriff von „beweisbehelflich“ deckt sich mit „beweiserheblich“ rücksichtlich des Inhalts einer Urkunde, indem nur solche beweisbehelfliche Erklärungen und Berichte, welche nur geeignet, um somehr solche, welche dazu bestimmt sind, für rechtserhebliche Thatsachenbehauptungen beweisend zu wirken, als solcher in Frage kommen können (vergl. §§ 390 und 396 Z.-P.-O.) Es wäre jedoch eine unbegründete Beschränkung, wenn man nur solche Urkunden als Beweismittel von Erheblichkeit für Rechte oder Rechtsverhältnisse gelten lassen wollte, deren Inhalt direkt den Beweis solcher, d. h. ihres Ent- und Bestehens oder ihrer Veränderung und Aufhebung zu erbringen vermöge, so dafs also eine unmittelbare Deckung dieses Inhalts mit dem Beweissatz stattfinden müsse, wie bei den s. g. Dispositivurkunden oder schriftlichen Zeugnissen und Geständnissen, worin schlechtweg der Beweissatz

*) Wenn es, wie Solennitätszeugen, auch Solennitätsurkunden giebt, so liegt doch auch diesen wie jenen fast stets eine Beweisbehelflichkeit ihrer Gedankenbekundung zu grunde und es bedarf daher für das Rechtsverfahren keiner Unterscheidung, da es für den Begriff einer Urkunde im Beweisrecht nur auf die Beweisbehelflichkeit des Urkundeninhalts und dann auf die Echtheit der Urkundenform ankommt. Es ist zutreffend, was Heusler a. a. O. S. 290 rücksichtlich des begrifflich unzulässigen Unterschiedes zwischen öffentlichen und Privaturkunden ausgesprochen hat; für beide mufs dasselbe gelten, dafs sie erst durch ihre Erheblichkeit für Rechte Urkunden im beweisrechtlichen Sinne werden und dafs die autoritative Form sie nur vom Echtheitsbeweis befreit, also sie schlechtweg beweisfähig macht, was bei Privaturkunden erst durch Hinzutritt der Anerkennung oder des diese ersetzenden Echtheitsbeweises ermöglicht wird. Wäre dies in § 267 St.-G.-B. auch rücksichtlich der öffentlichen Urkunden zum Ausdruck gebracht worden, so wäre ein sicherer Begriff der Urkunde überhaupt gegeben gewesen. Die von E. Riedel im Gerichtssaal, Bd. XXXVIII S. 534 ff. „Zur Bestimmung des strafrechtlichen Urkundenbegriffes“ gegebene Definition: „Urkunde ist jeder körperliche Gegenstand, der seinem von Menschenhand gefertigten Inhalt gemäfs Thatsachen zu beweisen geeignet ist“, ermangelt der Beifügung der Rechtserheblichkeit, aber auch noch weiterer Begrenzungen.

bestätigt oder ein gegnerischer widerlegt wird, vielmehr sind auch Urkunden, welche den Beweis die Begründung oder Aufhebung der Rechte oder Rechtsverhältnisse vermittelnder Thatsachen zu erbringen vermögen, indem diese als Indizien zu Schlufsfolgerungen für oder gegen jene dienen, ebenso wie Zeugen, für solche Anknüpfungsthatsachen als Beweismittel im Rechtsverfahren anzuerkennen. Daher fragt es sich auch nur um die mittelbare Beweweiserheblichkeit der Thatsachen zur Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechten oder Rechtsverhältnissen und bei der Prüfung einer „Urkunde" als Beweismittel für solche auch nur um jene und die Beweisbehelflichkeit des Urkundeninhalts zu jener mittelbaren Rechtserheblichkeit*). Diese Vorprüfung des Urkundenbegriffes nach der Beweisbehelflichkeit steht im Rechtsverfahren, wie bemerkt, voran. Da vollends, wo die Verkehrsbedeutung der Urkunde als Gegenstand eines rechtswidrigen Angriffs auf Form oder Inhalt nach der Seite der Authentizität und Unverfälschtheit in Frage kommt, nämlich, ob nach dem Strafgesetz die fr. Handlung eine Urkunde im Sinne des darin gemeinten Begriffes betroffen habe, ist natürlich, als zur ersten Voraussetzung des objektiven Thatbestandes gehörig, festzustellen, ob die fr. Urkunde auch beweisbehelflich inbezug auf irgend ein (im Bereiche des Thäters) denkbar mögliches Recht oder Rechtsverhältnis sein werde, sofern sich nicht schon ein vorliegendes als in zweifelloser Beziehung zum Urkundeninhalt stehend ergiebt**). Der Begriff des Beweismittels kann nicht unabhängig von dem Gebrauch bestimmt werden und daher pafst der beweisrechtliche Be-

*) R.-G. III. St.-S. im Urt. v. 4./II. 1880 und I. St.-S. im Urt. v. 31./I. 1881.

**) Jene denkbare Möglichkeit einer Beziehung dieser Art von Urkunde und Rechtsverhältnis liegt im Gebiete der freien Beweiswürdigung; von Beweisbehelflichkeit und Beweiserheblichkeit kann immer nur in Hinblick auf eine bestimmte, zu beweisende Thatsache (innerhalb eines denkbaren, verständig-möglichen Kreises) gesprochen werden; vergl. v. Kries a. a. O. S. 16 ff.

griff der Urkunde nicht, wo sie in anderer Eigenschaft auftritt*).

Vergeblich ist das Bemühen, die Beweiserheblichkeit näher begrenzen zu wollen; ganz ausscheiden mufs man jedoch, was an äufseren Formeigenschaften zur Beweisfähigkeit gehört, welche auch v. Kries a. a. O. S. 165 ff. mit hineingezogen hat. Nur vom einzelnen Fall aus kann die Frage nach der Beweiserheblichkeit, welche keine „objektive Eigenschaft“ ist, beantwortet werden; es genügt nur im allgemeinen, dafs durch den Urkundeninhalt eine zu einem materiell-rechtlich erheblichen Thatbestand gehörige Thatsache, welche allein oder in Verbindung mit anderen diesen erfüllt, bewiesen zu werden vermag, mag nun der Inhalt unmittelbare Verfügungen oder blofse Berichte des Urkundenausstellers enthalten. Wenn John in seinem Aufsatz: „Zur Bestimmung des Urkunden-

*) Dies ist der Fall im § 231 Z.-P.-O., wo die Urkunde als Gegenstand der Erörterung oder Augenscheinsobjekt behandelt wird, nämlich bei der Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer „Urkunde“; desgl. in §§ 837 ff. bei der Amortisation von Urkunden, welche durch Reichs- oder Landesgesetze näher zu bestimmen sind; ebenso ist es im § 299 des deutschen St.-G.-B.'s mit der „verschlossenen Urkunde“, welche vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet worden ist und daher nicht mit der Privaturkunde in § 267 das. auf gleiche Linie zu stellen ist, weil dort von Beweisführung gar keine Rede sein kann, sondern nur von Schutz zur Wahrung persönlicher Geheimnisse, entsprechend auch zur Sicherung von Staatsgeheimnissen in § 92 das., während in §§ 133 u. 342 Abs. 2 das. die Beweisbehelflichkeit mit in Frage kommt. v. Kries a. a. O. S. 164 bemerkt als Resultat für die allgemeine theoretische Betrachtung, dafs die Urkunde im Sinne des § 267 St.-G.-B. weder zum Zweck des Beweises augefertigt zu sein, noch prima vista irgendeinen Bezug auf Rechte oder Rechtsverhältnisse zu haben brauche, dafs vielmehr, wie im prozessualischen Beweisrecht jeder Gegenstand darunter falle, durch dessen gedanklichen Inhalt der Thäter den Beweis für Rechte oder Rechtsverhältnisse zu führen unternehme, gerade als wenn § 267 lautete: Wer eine von ihm fälschlich angefertigte oder eine verfälschte Urkunde zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen benutzt u. s. w., freilich verleite die dortige Gesetzesfassung zu dem Irrtum, als wäre die Urkundeneigenschaft im Augenblick der Fälschung oder Verfälschung erfordert gewesen, während doch erst mit dem Gebrauchmachen der Gegenstand die Urkundeneigenschaft, d. h. als Bekundung des Inhalts oder Bringung zur Kenntnis eines anderen, erlange, wie die Zeugenaussage durch ihre Erstattung vor Gericht; vergl. R.-G. I. Strafsen. im Urt. v. 28./IX 1882.

begriffes"*) die Urkunden als sachliche Fixierungen des rechtswirksamen Willens, der rechtswirksamen Wahrnehmung oder des rechtswirksamen Urteils einer Person erklärt, so ist im ganzen nichts dagegen einzuwenden, indem die rechtswirksamen Äufserungen einer Person (doch wohl des Urhebers oder Ausstellers der Urkunde) über einen zu bekundenden Gedanken hier nach den Hauptrichtungen des Vorstellens (Wahrnehmungs-Urteils- und Willensvermögens) eingeteilt werden. Es würde genügen, die sachliche Feststellung des beweisbehelflichen „Gedankens" seitens einer Person als Urhebers oder Ausstellers der Urkunde zum Zweck der Mitteilung oder des Bekanntwerdens an andere in der ihr eigentümlichen (authentischen und spezifischen) Form als das Wesen der Urkunde zu bezeichnen**).

Das Hervorheben der spezifischen Form solcher sachlich festgestellten Bekundungen gehört sicher zum Begriffe der Urkunde; denn in ihr liegt gerade das, was im Verkehr der Urkunde das Vertrauen anderer sichert, dafs die Person, welche darauf als Urheber erscheint, deren Name die Urkunde trägt, wirklich die (rechtserhebliche, beweisbehelfliche) Gedankenäufserung in der von ihr veranlafsten oder bewirkten

*) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. VI S. 1 ff.

**) Heusler a. a. O. S. 280 ff. geht davon aus, dafs die Urkundendefinition derjenigen der Zeugen durchaus parallel gehen müsse, indem der eigenen Wahrnehmung des Zeugen die unmittelbare Überlieferung der Urkunde entspreche; nach ihm ist Urkunde im Rechtssinne diejenige schriftliche Aufzeichnung oder bildliche Darstellung, welche entweder den Rechtsakt selbst, oder ein darüber abgelegtes Geständnis oder ein darauf zielendes Indiz zu unmittelbarem Ausdruck in schriftlicher oder bildlicher Überlieferung bringe. Schriftliche Erklärungen dritter über von ihnen wahrgenommene Thatsachen seien alles Urkundenbegriffes bar und könnten nur als Privataufzeichnungen durch das Hinzutreten von Umständen Urkunden über ein Indiz werden, welche die Überlieferung der Glaubwürdigkeit mehr nähere. Hier streift H. das, was gerade das Wesen der Urkunde als Beweismittel ausmacht. die Eigenschaften, welche hinzutreten und an welche sich im Verkehr „Treue und Glauben" knüpft, in geringerer oder gröfserer Ausdehnung, jenachdem noch ein Echtheitsbeweis bei Privaturkunden erfordert wird, oder bei öffentlichen Urkunden entbehrlich ist.

Form bekundet hat, dafs also die Urkunde echt sei inbezug auf ihre Urheberschaft (authentisch) und auch inbezug auf ihren Inhalt (unverfälscht), welcher durch jene eigenartige Form zur Kenntnis gebracht wird. Diese Annahme ist eine durch den Beweis des Gegenteils auszuschliefsende allgemeine Verkehrsvermutung, welche den Urkunden die Beweisfähigkeit ermöglicht und sichert*); „Treue und Glauben“ wird den Urkunden ihrer anerkannt hergebrachten und als unantastbar geltenden, besonderen Form wegen beigelegt und dieses allgemeine Vertrauen als ideelles Verkehrsrecht wird vom Staate geschützt durch Gebote der Unantastbarkeit und Unnachahmbarkeit jener spezifischen Form der Gedankenmitteilung, sowie durch strafrechtliches Verbot der Fälschungshandlungen als „Verletzungen von Treue und Glauben“**). Das persönliche (subjektive) Moment geht

*) Nach Merkel ein „im Rechtsleben acceptiertes Beglaubigungsmittel“ für rechtserhebliche Thatsachen.

**) Die Urkunde auf schriftliche oder bildliche Aufzeichnungen zu beschränken, ist, wie man meist annimmt, nicht richtig; vergl. v. Kries a. a. O. S. 189; Urkunden und Augenscheinsobjekte sind auch durchaus verschieden, letztere sind wohl Beweisstücke, nicht aber immer auch Beweismittel, wie z. B. im Strafbeweis Verbrechensverübungsmittel oder Spuren u. dgl., aus welchen durch ihre Verbindung die Indizieneigenschaft abgeleitet wird; vergl. Heusler a. a. O. S. 291. Die instrumenta, documenta sind sachliche Erkennungszeichen einer beweisbehelflichen Gedankenäufserung, aber auch nur solche, welche im rechtlichen Lebensverkehr als glaubwürdige vermöge ihrer anerkannten Form gelten, der eben „Treue und Glauben“, wenigstens prima facie die beweisende Eigenschaft beigelegt zu werden pflegt, weshalb sie Verf. schon in seinem Buch: Lüge, Fälschung, Betrug, Jena, 1862, II. S. 362 ff. als „Wahrzeichen“ oder „Gewährschaften der Treue und des Glaubens“, als „spezifische Abzeichen zur Beurkundung der Originalität, wo auf dieselbe der besondere Wert im Verkehr gelegt wird“, bezeichnete. „Die Sylbe Ur ist das Zeichen für den Begriff der Abstammung und Legitimität. Diese Eigenschaft dauernd einem Verhältnis oder Thatsachen der Wahrheit getreu verleihen, dafs sie Glauben, Treue oder Vertrauen geniefsen, ist beurkunden“; s. das. die Dogmengeschichte im § 38: „Richtung der Fälschungsakte auf körperliche Gegenstände“. Vergl. auch des Verf. Buch: Die strafbaren Handlungen, München, 1883, § 14, woselbst gesagt ist, dafs die Urkunden Zeichen besonderer Art seien, welche durch ihre Form schon bekunden sollen, dafs sie echt sind, und welche vermöge ihrer Echtheitszeichen das allgemeine Vertrauen geniefsen. Im Urteil des R.-G. I. Strafsen. v. 28./IX. 1882 wird die Sicherung des rechtlichen Verkehrs

in jener sachlichen Feststellung nicht unter, sondern es lebt und wirkt fort und wird auch durch die Gesetzgebung mit geschützt und eben deshalb ist es im Begriffe der Urkunde mit zur Geltung zu bringen; zwar erkennt John a. a. O. S. 81 an, dafs dasjenige, was die Urkunde zu beweisen vermöge, nicht die Sache, sondern die Person, welche durch Vermittelung der Sache zum Ausdruck bringe, was sie — die Person — auch zum Ausdruck bringen wolle, beweise, aber er hat davon nichts in die Begriffsbestimmung aufgenommen, während doch darin die andere Voraussetzung der Beweisfähigkeit einer Urkunde liegt, neben der Beweisbehelflichkeit. Dieses persönliche Moment liegt also in der Echtheit der Urkunde (Authentizität und Unverfälschtheit), welche aus der eigentümlichen, allgemein oder besonders anerkannten Form der Ausstellung (bei Privaturkunden noch durch besondere Anerkennung des Ausstellers oder seiner Rechtsvertreter und Rechtsnachfolger) vermutet und erforderlichen Falles bestätigt wird (durch Echtheitsbeweis). Es beweist in der Urkunde die sie schaffende Person nicht unmittelbar, wie etwa eine Auskunftsperson, bez. Partei durch ihre Erklärungen, sondern mittelbar durch ihre sachlichen Äufserungsfeststellungen in einem Gedankenträger („sachlichen Substrat"), auch nicht als Objekt, an welchem Wahrnehmungen gemacht worden sind, sondern als Subjekt, das seine beweisbehelflichen Gedankenmitteilungen gemacht hat. Dies letztere ist

gegen Handlungen, welche gegen die Unversehrtheit von rechtlichen Beweismitteln gerichtet sind, als Grund der strafgesetzlichen Normen über Urkundenfälschung bezeichnet, und im Urteil des R.-G. III. Strafsen. v. 5./XII. 1883 die Sicherung des rechtlichen Verkehrs, welche im Schutz der Urkundenform ruhe; vergl. R.-G. II. Strafsen. im Urt. v. 25./VI. 1886. Über den Begriff der Echtheit der Urkunde vergl. R.-G. I. Strafsen. im Urt. v. 31./III. 1881. Noch zu erwähnen ist, wie v. Kries a. a. O. S. 146 definiert: „Im beweisrechtlichen Sinne sind Urkunden diejenigen Gegenstände, welche einen in konventionellen Zeichen ausgedrückten gedanklichen Inhalt besitzen, sofern gerade durch diesen ihren bestimmten Inhalt eine Thatsache erwiesen werden soll. Augenscheinsobjekte sind diejenigen Gegenstände, welche in anderer Weise als durch ihren gedanklichen Inhalt Beweis erbringen."

hier nochmals zu betonen, wie es John mit der „Rechtswirksamkeit“ gemacht hat als Kriterium der Äufserungen.

Die Frage nach der Echtheit der Urkunde tritt also nach Bejahung der um die Beweisbehelflichkeit in der Praxis an den Beurteiler als die zweite heran und ihre zweifellose Bejahung bildet sonach die andere Voraussetzung der Beweisfähigkeit der Urkunde.

Diese beiden wesentlichen Voraussetzungen, Beweisbehelflichkeit des Urkundeninhalts und Echtheit der Urkundenform als Gewährschaft der Treue und des Glaubens machen die Beweisfähigkeit aus und erfüllen auch den beweisrechtlichen Begriff der Urkunde: als einer dem Verkehrsgebrauch dienenden Gewährschaft der Treue und des Glaubens in eigenartiger, vom Aussteller gewählter Form für sachlich festgestellte Gedankenäufserungen beweisbehelflichen Inhalts*).

*) Verf. hatte in seinem Buch: „Die strafbaren Handlungen“ a. a. O. S. 55 definiert: „Urkunde ist ein Wahrzeichen (nicht blos Schriftstück), welches seiner Form und Bestimmung nach für den Verkehr erhebliche Thatsachen als wahr (glaubhaft) darstellen soll“; inwiefern diese Begriffserklärung zu weit ist, ergiebt sich aus dem im Text Ausgeführten. In der Strafrechtspraxis ist bisher am meisten Gelegenheit gewesen, sich über den Begriff der Urkunde zu verbreiten. Das deutsche St.-G.-B. giebt so wenig eine Begriffsbestimmung davon wie das österreichische, sondern es unterscheidet in § 267 nur öffentliche und Privaturkunden, weil nach den Gesetzesmotiven S. 131 der Urkundenbegriff als bekannt und feststehend vorausgesetzt wurde — eine Täuschung, wie allbekannt! Nur wurde in § 267 a. a. O. die strafrechtliche Verfolgung auf solche Privaturkunden, „welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit“ sind, beschränkt; insoweit war eine Begriffsbestimmung auch nicht gegeben, was Heusler a. a. O. S. 289 ebenfalls rügt und durch den Zusatz: „indem sie einen Rechtsakt, ein Geständnis oder ein Indiz dafür zum unmittelbaren Ausdruck bringen“, begrifflich ausgebessert haben will. Richtig ist, dafs die Begrenzung des § 267 a. a. O. auch für die öffentlichen Urkunden, welche schlechtweg als Angriffsobjekt genannt sind, gelten müfste, während doch nach der Wortfassung auf die Beweisbehelflichkeit und Rechtserheblichkeit einer solchen Urkunde nichts anzukommen braucht. Was sonst unter einer öffentlichen Urkunde zu verstehen sei, ergiebt nur § 380 der Z.-P.-O. rücksichtlich der Form, dafs sie eine „von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommene Urkunde“ sei;

Von dem vorstehenden Begriffe der Urkunde wird sich im heutigen Rechtsverfahren aushilfsweise da Verwendung machen lassen, wo das einzelne in Frage kommende Gesetz nicht zweifellos einen anderen, vielleicht weiteren, zu grunde

vergl. R.-G. II. Strafsen. im Urt. v. 3./VI. 1881 u. I. Strafsen. im Urt. v. 20./IV. 1882 u. 10./III. 1884. Auch hier fehlt eine nähere Begriffsbegrenzung und es steht sonach nur soviel fest, dafs Privaturkunden nur solche sind, welche der Form nach nicht zu den öffentlichen gehören, und dafs ihr Strafrechtsschutz sich nur auf den Rechtsverkehr, „soweit sie zum Beweise von Privat- und öffentlichen Rechten und Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sind", erstreckt. Das Reichsgericht hat in mehrfachen Entscheidungen der Unsicherheit der Praxis abzuhelfen gesucht; so sagt der I. Strafsenat im Urt. v. 8./XI. 1880: „Das St.-G.-B. kennt neben den Urkunden i. e. S. des § 267 auch Urkunden im weiteren Sinn, deren Inhalt lediglich in einem Zeugnis zu bestehen hat, ohne entfernt gerade zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen geeignet sein zu müssen"; vergl. § 92, Ziff. 2, §§ 133, 299, 348 ff. St.-G.-B., und der II. Strafsen. im Urt. v. 23./I. 1880, 19./II. u. 25./XI. 1882: „Im gemeinen Sinne sind Urkunden leblose von Menschenhand gefertigte Gegenstände, welche zum Beweise von Thatsachen geeignet sind, und dieser gemeine Urkundenbegriff ist bei Interpretation der einzelnen Strafgesetze zu grunde zu legen, soweit dieselben nicht noch besondere Eigenschaften der Urkunde fordern oder sonst für die Absicht einer weiteren Begrenzung des Begriffes Anhalt geboten ist". Hierin besteht die „Rechtserheblichkeit" einer Urkunde, d. h. ihre Eigenschaft, als Beweismittel für rechtserhebliche Thatsachen zu dienen, als allgemeines Erfordernis; während dies bei jeder Urkunde vorliegen mufs, erfordert der positivrechtliche Begriff der Privaturkunde noch „Beweiserheblichkeit" nach dem Urteil des R.-G. III. Strafsen. v. 5. 12./III. 1883: „Die (stets festzustellende) Beweiserheblichkeit einer Urkunde setzt voraus, dafs die Urkunde als solche, nach ihrem Inhalt an sich und wie sie sich, mit Unterstellung der Echtheit, darstellt, für die Entstehung, Aufhebung oder Änderung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses Beweis zu liefern geeignet ist". Dem gegenüber ist von v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, § 88, und nach ihm von Olshausen, Komment. N. 3 zu § 267 St.-G.-B. bestritten worden, dafs die Eignung zur Feststellung rechtlich erheblicher Thatsachen begrifflich erforderlich sei, vielmehr zeige sich eine sachliche Abweichung vom allgemeinen Urkundenbegriffe bei der Urkunde im juristisch-technischen Sinne darin, dafs ein zum Beweise rechtserheblicher Thatsachen bestimmter körperlicher lebloser Gegenstand selbst dann als Urkunde im juristischen Sinne anzusehen sei, wenn er sich auch nicht zum Beweise jener Thatsachen, zu deren Beglaubigung er dienen solle, eigne; der Mangel der Beweiserheblichkeit benehme dem Gegenstand nicht die Eigenschaft einer solchen Urkunde, so wenig ein Zeuge, deshalb, weil er ein testis nesciens sei, aufhöre, ein Zeuge im juristischen Sinne zu sein; das materielle Element trete bei der Urkunde dem formellen gegenüber, wegen der Unentbehrlichkeit der zur Durchführung der Rechte verhelfenden geordneten Formen, derartig zurück, dafs jene

gelegt haben mag. Es ist lediglich Sache der Auslegung des einzelnen Gesetzes, in welcher Bedeutung das Wort „Urkunde“ genommen sein mag; für das Beweisrecht im Rechtsverfahren dürfte an obiger Begriffsfeststellung festzuhalten sein. Wenn nun im § 267 des deutschen St.-G.-B.'s öffentliche Urkunden schlechtweg, ohne Rücksicht auf ihre Beweis- und die Rechtserheblichkeit durch sie zu beweisender Thatsachen, als Objekt der Urkundenfälschung genannt sind, offenbar deshalb ohne jede weitere inhaltliche Begrenzung, „weil der Staat, wenn er selbst eine Thatsache urkundlich macht, schlechthin Achtung vor der Urkundenform beansprucht“ *), so ist hier ausnahmsweise von dem begrifflichen Merkmal der Urkunde im Beweisrecht abgesehen worden und es sollen demnach nicht nur öffentliche Urkunden, welche einen Inhalt wie die Privaturkunden zum

„Eignung“ nicht zum Urkundenbegriffe erforderlich sei. Dem gegenüber ist nur auf das oben Ausgeführte und auf die bereits angeführten Abhandlungen von John und von v. Kries zu verweisen; eine Person, welche als Zeuge für eine Thatsache aufgeführt worden ist, aber nichts bezeugt, hört eben damit auf, Zeuge für den fr. Beweissatz zu sein und verliert seine Beweismitteleigenschaft, da er nichts Beweisbehelfliches zu erbringen vermag; ebenso ist es mit einer vermeintlichen Urkunde, deren Inhalt für den Beweissatz unerheblich ist und welche damit für das Beweisrecht keine Urkunde mehr ist; eine absolute Beweisfähigkeit giebt es eben nicht, sondern nur eine hypothetische, welche in der Beweiserheblichkeit für den fr. Fall bei Unterstellung der Echtheit besteht; daher fragt es sich auch bei der Urkundenfälschung, ob das Falsifikat nach des Thäters Vorstellung geeignet sein konnte, beweiserheblich bei gemachtem Gebrauche für bestimmbare Rechtszwecke zu werden, welche im Kreise seiner Berechnung denkbar möglich waren.

Weiter ist nicht erforderlich, dafs eine Urkunde zum Beweiszweck angefertigt sei; vergl. darüber die Abhandlungen von John u. v. Kries a. a. O., welcher ersterer mit Unterscheidungen auch für die Urkunde bez. ihrer Entstehung als Beweismittel erfordert, dafs sie zum Beweise benutzt werde, a. a. O. S. 72 ff. v. Kries a. a. O. S. 151 will aus dem Begriff die Rechtserheblichkeit wegweisen, weil damit eine dauernde Eigenschaft für die Urkunde erfordert werde, die sie meist erst ex post erlange. Die Eignung zum Beweise rechtserheblicher Thatsachen verweist auch v. Kries aus dem Urkundenbegriff und erfordert dagegen, dafs man sich des Gegenstandes in bestimmter Weise als Beweismittel bediene, a. a. O. S. 155.

*) Olshausen a. a. O. N. 4.

Gebrauch im Rechtsverkehr haben, sondern auch andere, unter öffentlicher Autorität zustande gebrachte Urkunden ohne Rücksicht auf ihren Inhalt strafrechtlich geschützt werden, sofern sie nur nach den „allgemeinen Sätzen über die Voraussetzungen der Öffentlichkeit einer Urkunde", worauf die Gesetzesmotive verweisen, errichtet worden sind und den im § 380 Z.-P.-O. enthaltenen Vorschriften, deren Anwendung überhaupt für zulässig erachtet wird (nach Entscheidungen des R.-G. v. 8./IV. 1884 u. 20./IV. 1882), entsprechen.

2. Die Einteilung in persönliche und sachliche Beweismittel findet ihre ganze Bedeutung in den Urkunden, welche den Hauptbestandteil der letzteren bilden. Ein grofser Teil des Indizienbeweises wird aus sachlichen Beweismitteln abgeleitet, so auch aus Urkunden, weshalb man teilweis in der Theorie die Urkunde selbst als Indicium oder mittelbares Beweismittel bezeichnet hat, weil in vielen Fällen der Urkundeninhalt den Beweisgrund für den Beweis- bez. Vermutungsgrund des Beweissatzes abgiebt*). In bezug auf die Beweisführung verlangt die Eigenart der sachlichen Beweismittel eine besondere und eigentümliche Behandlung**). Während die mündliche oder schriftlich festgestellte Aussage unwiderruflich der Vergangenheit verfällt, aber vor dem urteilenden Gericht unmittelbar zur Kenntnis gebracht durch Zusätze, Widerruf, Verbesserungen mit verschiedenartiger Wirkung eine nicht unbedingt abgeschlossene Thatsache bildet, ist das sachliche Beweismittel unabänderlich, wenig-

*) Was man vielfach aus dem Bereiche der Beweisstücke, Verbrechensmittel, Verbrechensspuren, corpora delicti überhaupt als Indizien oder sachliche Beweismittel bezeichnet, ist nicht einmal mortua vox, nicht Indiz, welches stets Thatsache sein mufs; zum Indiz können sie nur durch begleitende Umstände werden, z. B. dafs das dem Mörder gehörige Werkzeug bei dem Ermordeten liegend gefunden worden; jene Sachen sind Thatbestands- und Augenscheinsobjekte, am allerwenigsten aber etwa Urkunden; vergl. Heusler a. a. S. 291.

**) Vortrefflich ist dies ausgeführt von Glaser a. a. O. S. 360 ff., dem hier im Wesentlichen gefolgt wird.

stens läfst sich, was bei dem persönlichen nicht der Fall ist, von vornherein darauf rechnen, es werde in seiner anfänglichen Gestalt auch vor dem erkennenden Gericht erscheinen und dieselbe Beurteilung erfahren, welche den Beweisführer zum Gebrauch veranlafst hat; mag es auch früher fremdartigen Einwirkungen ausgesetzt sein und deshalb trüglich erscheinen bis zur Aufhebung der Beweisfähigkeit, so kann es doch sich nicht selbst widerrufen wie eine Auskunftsperson; aber andererseits vermag es auch keinen Ersatz zu bieten für die im Verfahren möglichen Erläuterungen der letzteren. Daher ist die Herstellung der Verbindung und des Zusammenhanges des sachlichen Beweismittels mit dem fraglichen Beweissatze, welche bei dem persönlichen durch den Aussagenden selbst bewirkt werden kann, indem er sich „zur Sache selbst legitimiert", lediglich Sache der Beweisführung. „Diese Verbindung wird dadurch hergestellt werden müssen, dafs die Thatsache, von welcher es abhängt, dafs der Zustand oder die Beschaffenheit gerade dieses Beweisstückes oder der Inhalt gerade dieses Schriftstückes einen Beweisgrund abgiebt, sicher gestellt wird". Diese Sicherstellung erfordert den Urkunden gegenüber inbezug auf den einzelnen Beweisgrund eine mehrfache Prüfung und Vorsicht, deren Ergebnis die Annahme der Beweisfähigkeit der Urkunde als eines rechtlichen Beweismittels ist, von welcher Seite allein die Urkunde hier zu betrachten ist*).

*) Die Motive zur Z.-P.-O. äufsern sich rücksichtlich der Notwendigkeit, in betreff des Urkundenbeweises auf die Sicherheit des Verkehrs Bedacht zu nehmen durch Aufstellung positiver Beweisregeln dahin: „Urkunden werden regelmäfsig in der Absicht errichtet, Rechtsverhältnisse sicher zu stellen. Dieser Zweck kann mit Zuverlässigkeit nur erreicht werden, wenn bei Errichtung der Urkunde bekannt ist, welche Eigenschaften der Richter von derselben fordern werde, um sie als beweiskräftig anzusehen, wenn ferner die Sicherheit besteht, dafs der Richter die bestimmten Erfordernissen entsprechende Urkunde auch wirklich als beweiskräftig betrachten werde". Nach der Frage über das Vorhandensein der „bestimmten Erfordernisse", welche die Beweisfähigkeit, rücksichtlich der Form und des Inhalts erfüllen, kommt erst die der Beweiskraft nach den positiven Beweisregeln der Z.-P.-O. zur Erwägung. Im Strafprozefs ist letztere vollständig frei zu würdigen.

a. Die erste Frage bei Verwendung eines als Urkunde sich darstellenden sachlichen Beweismittels ist bei jener Prüfung, wie schon erwähnt, die Vorfrage nach der Beweisbehelflichkeit des bekundeten Inhalts für den Beweissatz, ebenso wie man eine Person nicht wohl als Zeugen in das Verfahren einführen wird, von der man nicht sicher erwarten kann, dafs sie etwas Beweisbehelfliches zu einer rechtserheblichen Thatsachenbehauptung auszusagen vermag. Dafs hier nur eine vorerstige Überprüfung — prima facie —, soweit sie die Anwendung des Urkundenbegriffes erfordert, nötig ist, um die Beweisfähigkeit festzustellen, ist schon eingangs erwähnt worden, um die Voraussetzung und den Unterschied des Begriffes der Beweiskraft darzulegen. Es handelt sich also hier nur um die Feststellung der Beweismitteleigenschaft einer Art der sachlichen Beweismittel und dessen Fähigkeit, als „Urkunde" im Rechtsverfahren dienen zu können.

b. Die zweite Frage zur Feststellung der Beweisfähigkeit dreht sich um die Echtheit und Unverfälschtheit der Urkunde, worüber hier noch ein Mehreres zu erörtern sein wird, weil Zweifel daran eine Benutzung einer Urkunde zur Beweisführung beeinträchtigen oder sogar ganz ausschliefsen können. Die grofse Mannigfaltigkeit der in den Urkunden enthaltenen Beweisgründe gestattet nur eine Übersicht und, um diese einigermafsen zu ermöglichen, sollen vorzugsweise die im Rechtsverkehr am meisten vorkommenden Urkunden-Schriftstücke im Auge behalten werden unter Berücksichtigung der in der Gesetzgebung und Doktrin geltenden Unterscheidung der öffentlichen von den Privaturkunden.

α) Äufserlich mufs sich die Urkunde als ein wirkliches und vollständiges Beweisstück darstellen, nicht blos dafs es ein im (engsten) Verkehr als Urkunde anerkanntes Wahrzeichen seiner ganzen Form nach sei (nicht ein blofser Zettel oder ein Bruchstück, Blanket, referens sine relato, eine unleserliche, unverständliche Schrift, ein scheinbares Grenzzeichen u. s. w.), sondern es bedarf auch der Feststellung,

der Unversehrtheit, dafs nicht ein Teil des Beweisstückes aus Zufall oder Absichtlichkeit, welcher eine veränderte Beurteilung des Urkundeninhalts herbeiführen könnte, abhanden gekommen sei. Ob die Formgebung eine zufällige, hergebrachte, individuell übliche, besonders beabsichtigte, namentlich zum Zweck des Beweises herbeigeführte und sich auch dazu eignende sei, wird für die Beurteilung nicht unwesentlich sein; unzutreffend für die Annahme der Beweisfähigkeit ist das Erfordernis, dafs schon die äufsere Form der Urkunde den Zweck der Beweisbehelflichkeit erkennen lassen müsse*). Was für Privat- und öffentliche Urkunden rücksichtlich der Form vorgeschrieben ist, mufs als bekannt hier vorausgesetzt werden; es bedingt die Giltigkeit der Urkunde. Wenn aber § 381 Z.-P.-O. nur Urkunden, soweit sie von den Ausstellern unterschrieben oder unterzeichnet sind (als Privaturkunden), kennt, so bleibt „die grofse Zahl von nicht geschriebenen oder nicht unterschriebenen Urkunden (Inschriften, Denkmäler, Grenzsteine, Grabsteine, Kurszettel, Zeichen aller Art, wodurch Gedanken ausgedrückt werden u. s. w.), welche gerade hauptsächlich das Gebiet des Indizienbeweises bevölkern, unberücksichtigt“ **), aber es ist nicht daraus zu folgern, dafs damit alle diese anderen Urkunden ausgeschlossen werden

*) Es ist zuviel verlangt, dafs eine Urkunde nach beweisrechtlichen Begriffen sich schon als Beweismittel müsse erkennen lassen; im Rechtsleben kommt die subjektive Bestimmung eines Gegenstandes als Beweismittel für rechtlich erhebliche Thatsachen nicht weiter in betracht, als die „acceptierten Beglaubigungsmittel“ eben eine anerkannte Beglaubigungsform haben, was stets im einzelnen Fall zu prüfen ist. Zur formellen Giltigkeit des Originals einer Urkunde gehören eben die anerkannten und hergebrachten Äufserlichkeiten, wie bei öffentlichen Urkunden als Schrift-Wahrzeichen aufser der amtlichen Unterschrift auch das Siegel (Signet) und bei Privaturkunden die Unterschrift oder erkennbare Bezeichnung der Beteiligten, insonderheit des Ausstellers, wie z. B. in Art. 4 Ziff. 6 der deutschen und österreich. W.-O.

**) Heusler a. a. O. S. 299. v. Kries a. a. O. S. 161 bezeichnet es als communis opinio, dafs unter Urkunden zwar nur schriftliche Urkunden zu verstehen seien, nicht aber blos solche, deren Beweiskraft gesetzlich bestimmt, sondern auch andere, wenn sie nur im konkreten Falle die volle richterliche Überzeugung begründeten.

sollten. Ob ein körperlicher Gegenstand, der keineswegs, wie man oft begrenzt findet, „von Menschenhand gefertigt“ zu sein braucht, sich äufserlich als ein anerkanntes und als glaubwürdiges Wahrzeichen darstellt, bleibt stets Thatfrage des einzelnen Falles; soweit nicht §§ 380 ff. Z.-P.-O. anwendbar sind, entscheidet die freie Beweiswürdigung nach § 259.

β) Weiter fragt es sich bei Urkunden, welche der richterlichen Beurteilung nach vorgängiger Prüfung des Äufseren im allgemeinen bei der vorzunehmenden Besichtigung vorliegen, ob die Urkunde auch identisch sei mit dem von der sie vorführenden Partei als solche angezogenen Beweismittel; im Strafverfahren werden Urkunden oft durch Beschlagnahme oder Herausgabe, wie durch Übergabe im bürgerlichen Rechtsverfahren in die Verwahrung des Gerichts (Gerichtsschreibers) gebracht und hier hat die Sicherstellung vorschriftsmäfsig zu erfolgen*), indem der Auffinder oder Überbringer der Urkunde zu den Akten zu vernehmen oder die Übergabe dazu sonst zu bemerken ist, jedenfalls aber in der Verhandlung die Urkunde zur Anerkennung des Beteiligten vorgelegt wird, wodurch der Ursprung der Urkunde die Veranlassung der Übergabe, die Art und der Ort der Auffindung u. s. w. festgestellt werden kann**). Verwechselungen gleichlautender oder ähnlicher Urkunden können leicht vorkommen und daher sichert gegen eine solche nur eine äufserlich darauf zu bringende Kennzeichnung seitens des Gerichts oder des Gerichtsschreibers, welche von den Parteiführern sorgfältig zu beachten ist, um nicht durch unrichtige Bezeichnung in

*) §§ 94, 143 Abs. 2 der deutschen u. § 98 Abs. 2 der österreich. St.-P.-O. Im Zivilprozefs bleibt die Urkunde regelmäfsig in den Händen des sie Vorlegenden, in denen der Gerichtsschreiberei, wenn das Gericht neben der Beweisantretung für sich eine dauernde Vorlegung anordnet.

**) Wenn der zu Protokoll darüber Vernommene nicht wieder in der Hauptverhandlung zu vernehmen ist, so wird nach §§ 249, 250 der deutschen St.-P.-O. das betr. Protokoll oder die Registratur, oder ein Polizeibericht als Urkunde bez. Beweismittel über die Beibringung der fr. Urkunde verlesen werden dürfen, ohne gegen die Unmittelbarkeitsforderung des § 249 St.-P.-O. zu verstofsen; vergl. auch Glaser a. a. O. S. 163 in Anm. 245, v. Kries a. a. O. S. 181.

den Ausführungen einen Irrtum zu veranlassen, zumal da, wo eine gröfsere Mehrheit von Urkunden vorliegt.

γ) Um die Übereinstimmung des von einer Partei behaupteten und des wirklichen Inhalts einer Urkunde prüfen zu können, bedarf es zur Erlangung einer wahren Sicherheit der Einsichtnahme der Urschrift (Original, scriptura authentica) als der vom Aussteller selbst bewirkten Bekundungsform, welche allein die Möglichkeit bietet, die Echtheit der Urkunde, wo es auf deren Abstammung von einer bestimmten Person (Authentizität) ankommt, zu prüfen und zu beweisen*). Ein als „Original" bezeichnete Urkunde, welche des Beweises der Echtheit ermangelt, ist nicht beweisfähig, wenn auch sonst ihr Inhalt beweiskräftig wäre**). Originale sollten, auch wenn Abschriften vorhanden sind, wenn irgend möglich, beigeschafft werden, aber ihr Mangel ist ersetzbar durch Anerkennung oder den sonstigen Nachweis der Echtheit des Originals und einer genauen Übereinstimmung einer Kopie (Abschrift, Abdruck, photographische Abnahme, Abzeichnung) mit jenem, kaum aber durch blofse Auszüge oder mündliche Zeugenaussagen über den Urkundeninhalt.

In bezug auf schriftliche Urkunden (Schriftstücke) werden einfache und beglaubigte Abschriften unterschieden, jenachdem sie von einer anderen Person als dem Aussteller abgeschrieben sind***), oder von einer amtlich autorisierten

*) Unter „Authentizität", welches Wort treffender als „Originalität", das Abstammungsverhältnis zum und vom Autor bezeichnet, versteht man die Eigenschaft einer Urkunde, wonach Inhalt und Form derselben dem Willen des als Aussteller Geltensollenden entspricht. v. Buri im Gerichtssaal Bd. 36 S. 173 ff., 310 ff. Bd. 39.

**) Es ist sehr richtig von v. Kries a. a. O. S. 142 ausgeführt worden, auf dem Mangel einer gehörigen Unterscheidung der inneren oder s. g. materiellen Beweiskraft der Urkunden von der Echtheitsfrage und auf dem Verkennen des Umstandes, dafs von jener erst die Rede sein kann, wenn die Echtheit und Unverfälschtheit durch Anerkennung und unterlassene Bestreitung (Geständnis) oder durch sonstigen Beweis festgestellt ist, beruhen mancherlei Mifsverständnisse in der Gesetzgebung und Doktrin.

***) Wäre der Aussteller auch der Abschreiber, so würde ein „Duplikat" der Urschrift angefertigt neben dem „Primat"; daher sind

Person in einer spezifischen Form als mit der Urschrift übereinstimmend bestätigt werden (mit vidimus — copia vidimata oder fidemata nach c. 16 X. 2, 22). Die für die Beglaubigung von Abschriften getroffenen öffentlichen Sicherheitsmafsregeln und Veranstaltungen begründen an sich eine Vermutung für die Übereinstimmung zwischen Ab- und Urschrift, haben aber keine bindende Kraft für die richterliche Beurteilung, d. h. aus ihrer Beweisfähigkeit folgt noch nicht ihre Beweiskraft. Im Grunde ist jedoch ein Unterschied zwischen beglaubigten und einfachen Abschriften rücksichtlich der Beweisfähigkeit gar nicht zu machen, sondern es kommt nur darauf an, ob eine wörtliche, genaue Übereinstimmung zwischen der Ur- und Abschrift feststeht; ist dies der Fall, so ist letztere ebenso beweisfähig wie die Urschrift*).

die von den Parteivertretern selbst unterfertigten Duplikate ihrer Schriftstücke Originale. Der Entwurf zu einer Originalurkunde ist das „Konzept", und blofse Kopie von einer beglaubigten Abschrift ein „Transsumt" oder „transsumte Abschrift". Die Reinschriften (munda) ausgefertigter und vollzogener Urkunden, da sie stets mit dem Konzept genau verglichen sein sollen (was freilich oft genug nicht der Fall ist), haben die Vermutung für sich, dafs sie auch genau mit dem Konzept übereinstimmen; wo aber Zweifel dagegen bestehen, ist eine Vergleichung der Ausfertigung mit dem Konzept herbeizuführen.

*) Dies ist überzeugend von v. Kries a. a. O. S. 184 ausgeführt worden. Bei Urkunden ist die Vermittelung der Kenntnis ihres Inhalts eine leichte und auch zuverlässige, im Fall das Original nicht vorgelegt werden kann „wegen erheblicher Hindernisse" u. s. w. (§ 399 Z.-P.-O.), durch Abschriften (mehr als durch blos mündlichen Bericht); es wird zwar fast allgemein für Privaturkunden behauptet, dafs sie in Urschrift vorgelegt werden müfsten. Wenn die Echtheit und Unverfälschtheit einer Urkunde, nicht blos als Augenscheinsobjekts, zu prüfen ist, sondern auch rücksichtlich der Beweisfähigkeit der Urkunde, z. B. ob Rasuren oder durch chemische Einwirkungen Veränderungen vorliegen, oder wenn zur Feststellung einer Unterschrift eine Schriftenvergleichung vorzunehmen ist, dann ist eine unmittelbare Anschauung der Urschrift unentbehrlich, weil hier nicht der auch durch eine Abschrift erkennbare Inhalt, sondern die äufsere Beschaffenheit, welche die Beweisfähigkeit bedingt, in Frage steht. Dasselbe gilt nicht blos für Urschriften einfacher, sondern auch beglaubigter Abschriften, da diese nur ein mit publica fides versehenes Zeugnis über die Übereinstimmung der Abschrift mit der Urschrift enthalten, nicht aber auch eine Gewähr der Echtheit und Unverfälschtheit der Urschrift, welche gewöhnlich von dem beglaubigenden Beamten nicht

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit erleidet für den Urkundenbeweis insofern eine Durchbrechung, als der Inhalt der Urkunde nicht blos durch Vorlegung der Urschrift, sondern

geprüft wird, sie müfste denn in die Augen springend verletzt sein, welchenfalls eine Beglaubigung zurückzuweisen wäre; würde insoweit ein Einwand von dem Probaten erhoben, so müfste die Urschrift ebenso wie die einer Privaturkunde vorgelegt werden zum Beweis der Echtheit und Unverfälschtheit der Urschrift. Wäre dies aber nicht mehr möglich, so fragt es sich dann, ob das freie richterliche Ermessen die beglaubigte Abschrift noch für beweisfähig erachten könnte oder ob der letzteren schon durch jenen Einwand die Beweisfähigkeit entzogen wird? Doch wohl das letztere. In § 400 Z.-P.-O. ist Ur- und beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Urkunde, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, rücksichtlich der Vorlegung, welche hier in das Belieben gestellt worden, gleichgestellt; „das Gericht kann jedoch anordnen, dafs der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatsachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift hindern; bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Überzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.“ Allerdings mufs das Gericht, und kann nicht blos, wie v. Kries a. a. O. hervorhebt, im Fall der Gegner des Beweisführers jenen Einwand gegen die Beweisfähigkeit der beglaubigten Abschrift erhebt, diese Anordnung treffen, aufserdem aber ist eine solche, wegen der Dispositions- und Verhandlungsmaxime und mangels eines Interesses des Gerichts, von Amtswegen ganz undenkbar — und wenn einer solchen, wo sie zu geschehen hat, nicht entsprochen wird, was dann? Dann ist derselbe Fall vorhanden, als ob die Echtheit und Unverfälschtheit einer Pivaturkunde geleugnet worden und nicht bewiesen werden kann, d. h. die Beweisfähigkeit geht wie dieser auch der öffentlichen Urkunde ab und der Inhalt der Abschrift hat wegen Mangels der Beweisfähigkeit der Urschrift trotz aller Formrichtigkeit der Beglaubigung keine Beweiskraft. Mit der Echtheitsvermutung des § 402 Z.-P.-O. kann, wenn der Beweisführer auch den Verlust der Urschrift glaubhaft machte, nicht geholfen werden, weil es an der Voraussetzung fehlt, dafs das erkennende Gericht dieselbe Kenntnis, wie der beglaubigende Beamte, von der Urkunde, welche als nach Form und Gestalt von einer öffentlichen Behörde herrührend sich darstellen mufs, habe, des letzteren Kenntnis aber keine gleichwertige sein kann, weil damals der Probat Einwendungen gegen die Urschrift zu machen gar nicht in der Lage war. Den Beweis der Echtheit diesem nun durch Eideszuschiebung über die Unechtheit der fehlenden Urschrift aufzubürden, wäre nach v. Kries a. a. O. eine Unbilligkeit und auf andere Weise würde sich ein Beweis seitens der Parteien kaum führen lassen (?). Auch die Unverfälschtheit lasse sich nicht erschliefsen, da sich die Abwesenheit äufserer Mängel nicht feststellen lasse ohne Urschrift, und die Eideszuschiebung könne nicht angewendet werden, dem Probaten sei ja der Beweis der Verfälschtheit wieder nicht zuzumuten, denn dem Beweisführer liege der Beweis auch der Unverfälschtheit der Urschrift, wie der der Echtheit ob, wenn er seinen Anspruch durch

auch durch eine Abschrift davon zur Kenntnis gebracht wird, vorausgesetzt, dafs die wortgetreue Übereinstimmung dieser mit jener festgestellt wird durch Geständnis oder unterbliebene

Urkunden da beweisen wolle, wo von diesen die materiellrechtliche Giltigkeit des Rechtsgeschäfts, wie z. B. bei einem Vertrag, einem Testament, abhänge; hier kann das Fehlen der Urschrift allerdings auch oft durch Zeugen (§ 402 Z.-P.-O.) nicht ersetzt werden, auf keinen Fall durch Abschriften, auch nicht durch beglaubigte, weil durch sie nicht die Echtheit und Unverfälschtheit der Urschrift bewiesen wird. Bei nicht beglaubigten Abschriften ist der Beweis der wortgetreuen Übereinstimmung mit der Urschrift durch andere Beweismittel, etwa durch Zeugen, zu erbringen und es ist nicht erfindlich, weshalb er, wie das Gesetz will, nur durch öffentliche (beglaubigte) Urkunden erbracht werden soll. Für ein freies richterliches Ermessen dürfte hier gar kein Spielraum mehr sein, da hier der beglaubigten Abschrift alle „Beweiskraft", richtiger Beweisfähigkeit, abgeht (§ 400 Z.-P.-O.).

Wenn eine Partei „ein rechtliches Interesse daran hat, dafs ein Rechtsverhältnis oder die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde", so steht ihr nach § 231 Z.-P.-O. bekanntlich die s. g. Feststellungsklage zu, welche dem materiellen Recht angehört und durch deren Zulassung die Beweislast nicht verändert wird; die Regelung dieser ist aber von hervorragender Bedeutung auch in obigen Fällen.

Hier mag nur kürzlich noch der Drahtmeldungen (durch Telegraph und Telephon), sofern sie in urkundliche Form durch die Aufzeichnung auf Schreibmaterial gebracht werden, Erwähnung geschehen; worin hier die Urkunde bestehe, ist sehr bestritten, indem manche (besonders Scherer im Gerichtssaal, XXVIII, S. 609 ff.) die letzte Aufzeichnung am Ankunftsort als ein erst durch einen Beauftragten geschehene und fertig gestellte Beurkundung, andere die schriftliche Aufzeichnung bei Aufgabe der Drahtnachricht als das fertige Instrument und die Aufzeichnung am Ankunftsort als eine durch Diktat mittels Zeichen bewirkte Abschrift jener Urschrift betrachten; letztere Auffassung hat Verf. in Goltdammers Archiv Bd. XXVIII (1880) S. 194 bis 205 in der Abhandlung: „Fälschung telegraphischer Depeschen" vertreten im Anschluss an die bei Oppenhoff, Kommentar zum St.-G.-B. 7. Aufl. zu § 267 N. 223 angeführte, vom vormaligen preussischen Obertribunal ausgesprochene Darlegung; vergl. die Streitfrage bei Olshausen, Kommentar zum St.-G.-B. § 267 N. 46. b, welcher ganz richtig gegen eine Mehrzahl anderer Schriftsteller ausführt, „die amtliche, wenn auch nichtbeglaubigte Anfertigung der Depesche gilt dem Empfänger, falls er nicht Verstümmelungen vermutet, als Beweis der Übereinstimmung mit der Originaldepesche, er läfst jene deshalb auf sich wirken, als ob er eine Originalmitteilung empfangen hätte, so dafs eben nach der, einer stillschweigenden Vereinbarung gleichkommenden Gewohnheit des Publikums das Empfangstelegramm selbst als Urkunde gilt. Von dieser — bei Unterzeichnung mit unrichtigem Namen — falschen Urkunde macht aber der Absender des Telegrammes dem Empfänger gegenüber zum Zwecke der Täuschung,

Bestreitung oder durch Beweis, und dafs die Echtheit und Unverfälschtheit der Urschrift unbestritten ist. Jene Übereinstimmung wird bei beglaubigten Abschriften durch öffentliche Urkunden geführt. Ist jedoch die Echtheit und Unverfälschtheit der Urschrift angefochten und der Probat verlangt die Vorlegung der Urschrift, so mufs der Probant entweder diese vorlegen oder die Hinderungsgründe glaubhaft machen; thut er keins von beiden, so ist die Urkunde, einerlei ob öffentliche oder Privaturkunde, als unecht bez. verfälscht ihrer Beweisfähigkeit beraubt.

Man kann sich für die Beweisführung durch den Inhalt einer Urkunde sicher auch der Abschriften bedienen, ohne Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden, indem man aus beiden gleich gut den Inhalt selbst erkennen kann; sind Echtheit, Unverfälschtheit und Übereinstimmung zwischen

gleichfalls unter Vermittelung des Telegraphenamtes Gebrauch". Darin, dafs die Einwendung von Rechtsmitteln durch Telegramm erfolgen darf, liegt die Anerkennung der Eigenschaft auch der Abschrift oder vermittelten Aufzeichnung der Depesche am Empfangsort als einer Urkunde. Die Einlegung und Begründung der Revision in Strafsachen durch Telegramm war vom Reichsgericht II. Strafsen. im Urt. v. 18./II. 1880 verworfen worden, weil bei der Empfangsstelle der Depesche kein Original vorliege; im Urt. v. 5./IV. 1881 wurde noch hinzugefügt, falls nicht innerhalb der Frist noch der Nachweis, dafs vom Angeklagten die Absendung bewirkt sei, erbracht werde. Dem gegenüber hat Strafsen. III. in den Urteilen v. 2./VII. 1883 u. 25./II. 1884 die Einlegung und Begründung der Revision durch Telegramm zugelassen.

Die vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts haben im Urt. v. 6./III. 1883 dem Streit über die Natur der Telegramme ein Ende zu machen gesucht. Danach ist das Telegramm eine Urkunde des Aufgebers, der sie in Wirklichkeit durch Organe, die er als Werkzeuge benutzte, geschrieben (oder diktiert) hat; die Fälschung wird durch Angabe eines falschen Namens bewirkt, mag die Depesche schriftlich oder mündlich aufgegeben werden (wohl auch bei dem Telephon). Auch im Zivilprozefs ist danach die Depeschenausfertigung als urkundliches Beweismittel anzuerkennen, aber wegen des Fehlens der eigenhändigen Unterschrift untersteht sie nicht der Beweisregel des § 381, wohl aber der freien Beweiswürdigung. Im Bestreitungsfalle bedarf es des Nachweises, dafs die Person des Unterzeichners der Telegraphenverwaltung eine Erklärung des bestimmten Inhalts zur Beförderung an den Adressaten aufgegeben hat, wodurch ein umfänglicherer Beweis, als der in §§ 404 ff. Z.-P.-O. geordnete Echtheitsbeweis, sich nötig macht.

Ur- und Abschrift nicht bestritten oder erwiesen, so befindet sich der Beurteiler der einen wie der anderen „ebenso frei und ebenso gebunden gegenüber“*). Ist die Echtheit der Urschrift nicht erwiesen, so ist die Urkunde nicht beweisfähig, vielmehr nicht die Abschrift, wenn einer der erwähnten drei Beweise fehlt**).

Wegen des Echtheitsbeweises im Zivilprozefs ist hier auf die Gesetze zu verweisen, §§ 400—408 der deutschen Z.-P.-O.***). Rücksichtlich eines solchen Beweises für im Strafprozefs zu gebrauchende Urkunden (also nicht als Augenscheinsobjekte, z. B. bei Urkundenfälschungen) ist die richterliche Beurteilung durchaus frei von jeder gesetzlichen

*) S. v. Kries a. a. O. S. 190 ff. Die Bestimmungen in §§ 400, 380, 392, 409 Z.-P.-O. erklären sich nur aus der Voraussetzung, „dafs die materielle Beweiskraft der Urkunden ausschliefslich von ihrem Inhalt abhänge, nicht aber davon, ob sie in Urschrift oder in Abschrift vorliegen“.

Im Wesentlichen gelten die für die Urkunden als Beweismittel im Zivilprozefs angeführten Sätze auch für den Strafprozefs, abgesehen von den positiven Beweisregeln; vergl. Glaser a. a. O. S. 365.

**) Bei einem Telegramm ist nicht blos die Urschrift, sondern auch deren Abschrift am Ankunftsort rekognoszibel, weil die mit der Ausfertigung beauftragten Beamten die Übertragung anstatt des Ausstellers bewirken.

***) Für öffentliche Urkunden wird in § 402 Z.-P.-O. die widerlegbare Rechtsvermutung durch Beweisregel für die Echtheit ausgesprochen und nach dem Urteil des R.-G. v. 19./XI. 1883 wird in dieser auch die Beweislast dahin verteilt, dafs derjenige, welcher die Unechtheit behauptet, sie auch zu beweisen habe, wobei selbst Eideszuschiebung zulässig sei; vergl. v. Wilmowski u. Levy a. a. O. Anm. 3 zu § 402 Z.-P.-O. An diese Rechtsvermutung ist das Gericht gebunden, wenn es von der im Abs. 2 des § 402 ihm verstatteten Befugnis, bei Zweifeln über die Echtheit von Amtswegen die die Urkunde errichtet habende, mit fides publica versehene Person zu einer Erklärung über die Echtheit zu veranlassen, keinen Gebrauch macht. Dieselbe Rechtsvermutung ist nach § 405 Z.-P.-O. rücksichtlich der über der Unterschrift oder dem gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichen einer Privaturkunde stehenden Schrift als Beweisregel geordnet (subscriptio tenet scribentem), sowie dafs im übrigen die Echtheit einer nichtanerkannten Privaturkunde zu beweisen sei bez. nach Vorlegung derselben, wie die Identität der Urkunde — auch durch eventuelle Eideszuschiebung über die Echtheit oder Unechtheit, Unrichtigkeit der Beglaubigung, Verfälschungen bez. welcher letzteren jene Echtheitsvermutung nicht ausgeschlossen ist, vergl. v. Wilmowski u. Levy zu § 405 Z.-P.-O.

Beweisregel und man wird daher z. B. nicht weiter, wie früher angenommen wurde, behaupten dürfen, dafs Abschriften nicht beweisfähig seien (Mittermaier, Lehre vom Beweis, S. 389*).

Schon durch Vorlegung der Urkunde in Urschrift behauptet der Beweisführer die Thatsache der Echtheit, über welche sich sein Gegner, wenn eine Privaturkunde vorgelegt wird, zu erklären hat, und sofern sich darunter eine Namensunterschrift befindet, nur über die Echtheit dieser. Die Voraussetzung der Verpflichtung zu einer solchen Erklärung ist die Möglichkeit, darüber sich aussprechen zu können: die Rekognoszibilität der Urkunde, welche vorhanden ist, wenn eine leserliche und die Person des Au stellers von einem anderen Gleichnamigen unterscheidende Unterschrift des angeblichen Ausstellers unter dem Urkundentext zu ersehen ist oder die sie vertretenden Namens- oder Handzeichen darunter beglaubigt sind, oder ohne dieses Erfordernis der Name des Ausstellers aus dem Kontexte der Urkunde erkennbar ist**). Einfache wie beglaubigte Abschriften von Privaturkunden begründen die Rekognitionspflicht demnach

*) So auch Geyer a. a. O. S. 731. Der Echtheitsbeweis erfolgt auch hier durch Anerkennung der eigenen Schrift oder Unterschrift des Angeklagten, durch Zeugnis des Ausstellers und solcher Personen, welche der Ausstellung beigewohnt haben oder denen die Urkunde vom Aussteller danach übergeben worden, durch Schriftenvergleichung ohne oder mit Hilfe Sachverständiger, die Zuhilfenahme innerer und äufserer Merkmale der Echtheit, Rechtschreibung, Stil, Beschaffenheit des Urkundenmaterials u. s. w.

**) Vergl. v. Bülow, Kommentar zu § 404 Z.-P.-O. Das. Abs. 2: „Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hevorgeht.“ Der ausdrücklichen Anerkennung (Agnition der öffentlichen, Rekognition der Privaturkunden) steht die Ableugnung der Urkunde (Diffession) entgegen, welche jeden Einwand dagegen umfafst. Das eidliche Ableugnen der Echtheit nach Erbieten zum s. g. Diffessionseid ist im deutschen Zivilprozefs beseitigt. Öffentliche Urkunden bedürfen der ausdrücklichen Anerkennung nicht, aber ihre Vorlegung kann wegen Einwendungen gegen ihre Beweisfähigkeit vom Probaten gefordert werden; die Rechtsvermutung für ihre Echtheit hat der letztere durch Beweis seiner Einwendungen auszuschliefsen.

nicht; ihre Anerkennung aber bewirkt die Beweisfähigkeit gerade so wie die der Unterschrift des Originals — als Geständnis über die Thatsache der Echtheit auch dieser. Der Beweis der Echtheit des Kontextes ist danach nicht mehr erforderlich (§ 405 Z.-P.-O.).

δ) Von der Echtheit einer Urkunde ist deren Unverfälschtheit zu unterscheiden, von welcher ebenso die Beweisfähigkeit bedingt wird; der Beweis der Echtheit, als der Eigenschaft der wirklichen Abstammung der Urkunde von deren Unterzeichner bez. Aussteller wird von dem Vorhandensein äufserer Mängel, wie Durchstreichungen, Wegwischungen, Rasuren, Einschaltungen, Zusätzen und Abänderungen nicht berührt. Die Frage, ob dergleichen Zweifel an der Deckung derartiger Mängel durch den Willen des Urkundenausstellers die Beweisfähigkeit der Urkunde zu beeinträchtigen vermögen, unterliegt der freien Beweiswürdigung; die gesetzliche Echtheitsvermutung erstreckt sich auf sie nicht mit nach § 384 Z.-P.-O. Der Ursprung der Mängel ist zu untersuchen, ob ein Grund überhaupt vorhanden sei zur Annahme, dafs der Zustand der Urkunde, in welchem sie geeignet ist, ein verläfsliches Beweismaterial abzugeben, durch Willkür oder Zufall verändert sei; jedes Bedenken entfällt, wenn die Entstehung des scheinbaren Mangels erklärt oder sonst ersichtlich werden kann, dafs dadurch die natürliche und richtige Auffassung und Beurteilung der Urkunde nicht gehindert wird; wo aber dies nicht der Fall ist, wird die Verläfslichkeit des Beweismittels durch den erregten Verdacht gegen unbefugte Einwirkungen in Frage gestellt, der selbst eine Vermutung im Gefolge haben kaben kann, dafs die Wahrheit beeinträchtigende Umtriebe zu grunde liegen dürften. Wer aber auf die Echtheit einer Einschaltung oder Durchstreichung einen Anspruch stützt und sie beweist, der verstärkt die

Die Echtheit der Privaturkunden hat der Beweisführer darzuthun; er behauptet sie durch Vorlegung der Urkunde (Beweisantritt), im Fall der Nichtanerkennung der letzteren hat er den Echtheitsbeweis zu führen, wogegen der Gegner seinen Gegenbeweis führen kann.

Beweisfähigkeit (L. 24 D. 22. 3); folgeweise hängt denn auch die Würdigung der Beweiskraft mangelhaft erscheinender Urkunden von der Unverfälschtheit, d. h. davon, dafs die Mängel vom Aussteller oder mit dessen Willen verursacht worden sind, ab.

Der Einwand der Verfälschung muss jedenfalls von dem Gegner des Beweisführers bewiesen werden, ebenso wie der des Irrtums bei der Ausstellung, der Verleitung zur Unterschrift oder der blossen Ausstellung eines Blankets zu begrenzten Zwecken; eine Ableugnung des Urkundentextes (diffessio quoad contenta) ist unerheblich, wenn die Unterschrift des Ausstellers anerkannt wird, weil die Zustimmung des Unterzeichnens oder desjenigen, dem der Aussteller zum Unterzeichnen Auftrag erteilt hat, aus der Unterzeichnung gefolgert wird*).

Eine besondere Beschränkung der Beweisfähigkeit der Urkunden bietet im deutschen Strafprozefs der unter dem Gebot der Unmittelbarkeit stehende Gebrauch der Urkunden in der Hauptverhandlung.

Im Zivilprozefs Deutschlands giebt es keine bestimmte Vorschrift, auf welche Weise die Beweisaufnahme bei Urkunden zu gestalten sei; die Vermittelung ihres Inhalts für Parteien und Gericht ist dem Ermessen beider überlassen**); sobald feststeht, dafs sich eine Partei einer Urkunde als Be-

*) L. 20, 21 C. (4, 21): subscriptio tenet scribentem. Der Einwand, die Urkunde zwar unterschrieben, aber sie nicht gelesen, noch lesen gehört zu haben, ist unbeachtlich, weil ein vorsichtiger Mensch nichts unterschreibt, das er nicht gelesen oder verstanden hat. Nach § 408 Z.-P.-O. werden Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist. Es wird von den Parteiführern, wenn sich der Verdacht einer Urkundenfälschung ergiebt und die Urkunde nicht etwa durch andere Beweismittel zu ersetzen wäre, die Aussetzung des Verfahrens (§ 140 Z.-P.-O.) zu beantragen sein.

**) Das ist ausführlich von v. Kries a. a. O. S. 115 ff. nachgewiesen. Vortrag des Urkundeninhalts folgt aus der Mündlichkeit des Verfahrens, aber Verlesung der Urkunde ist durch § 128 Abs. 3 Z.-P.-O. nicht aus-

weismittel bedienen will, hat das Gericht davon auf die ihm angemessen erscheinende Weise in der Sitzung von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen, nur bleibt dem Gegner des Beweisführers das Recht ungeschmälert, auf Grund der Unmittelbarkeit des Verfahrens gegen unsichere Vermittelungen des Urkundeninhalts Widerspruch zu erheben. Es fehlt im Zivilprozess also eine Bestimmung, wie in § 248 der deutschen St.-P.-O. die Unmittelbarkeit der Urkundenbeweisaufnahme bestimmt worden ist, mit der Folge, dafs in das Strafverfahren eingeführte Urkunden, deren Inhalt nicht auf die vorgeschriebene Weise der Kenntnis des Gerichts und der Beteiligten in der Hauptverhandlung vermittelt wird, als beweisfähig nicht gelten können. „Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke werden in der Hauptverhandlung verlesen" In den §§ 248 bis 255 St.-P.-O. sind die einzelnen Bestimmungen bez. Beschränkungen und Voraussetzungen enthalten, unter denen durch Verlesung von Urkunden deren Inhalt zur Kenntnis gebracht werden darf und mufs*). Es bestehen insoweit mancherlei Streitfragen, von deren Beantwortung der Ausfall von Revisionsbeschwerden entsteht. Näher auf dieselben hier einzugehen, würde zu weit abführen**). Nur soviel mag bemerkt

geschlossen; da §§ 390 ff. keine Bestimmung über die Beweisaufnahme für Urkunden enthalten, entscheidet die Zweckmäfsigkeit; das Gericht kann die Urkunde auch zum Durchlesen bez. Vorlesen in der Sitzung, wie einen Besichtigungsgegenstand, erhalten. Über Benutzung des Inhalts vorgelegter, aber nicht vorgetragener Akten vergl. die Urteile des Reichsgerichts in den „Entscheidungen" a. a. O. IV. S. 375. VIII. S. 325.

*) Die entsprechenden Vorschriften der österreichischen St.-P.-O. sind im § 252 enthalten, worin unter 1—4 die Fälle begrenzt sind, in welchen Protokolle über Vernehmungen von Mitbeschuldigten und Zeugen, sowie Gutachten der Sachverständigen nur vorgelesen werden dürfen; „Augenscheins- und Befundaufnahmen, gegen den Angeklagten früher ergangene Straferkenntnisse, sowie Urkunden und Schriftstücke anderer Art, welche für die Sache von Bedeutung sind, müssen vorgelesen werden, wenn nicht beide Teile darauf verzichten."

**) Es genüge hier auf die Kommentare zur deutschen Z.-P.-O. und auf Geyer a. a. O. S. 431, besonders die Abhandlung v. Kries a. a. O. S. 116 ff. Rupp a. a. O. §§ 17, 18, des Verf. Abhandlung im Gerichtssaal, XXXVII. S. 212 ff. S. 350 ff. zu verweisen.

werden, dafs in jenen Worten des § 248 nicht etwa blos eine instruktionelle oder fakultative Bestimmung, sondern eine obligatorische oder imperative zu finden ist, auf deren Verletzung eine durchführbare Revisionsbeschwerde zu gründen ist*), wie das deutsche Reichsgericht entschieden hat. Man hat diese Ausnahme von der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme möglichst einschränken wollen auf solche Urkunden, welche dazu dienen sollen, den Beweis durch richterlichen Augenschein zu ermöglichen, z. B. wenn mittels der Urkunde ein Delikt (Beleidigung, strafbare Aufforderungen, Erpressungsversuche u. s. w.) verübt wurde, aber soweit sie selbst Verbrechensgegenstand, wie bei der Urkundenfälschung, sei, und als Ausnahmen bezüglich der Augenscheinsprotokolle und gewisser öffentlicher Urkunden, über deren Inhalt der Augenschein Auskunft giebt, gelten lassen und gemeint, dass in § 248 zunächst nur diese Kategorieen, obschon es scheine, als wenn alle Arten von Urkunden und als Beweismittel dienenden Schriftstücken zur Verlesung zu bringen seien, ins Auge gefafst worden wären**) Allein richtig ist, was v. Schwarze im Kommentar zu § 248 St.-P.-O. anführt, dafs weder in die diskretionäre Gewalt des Vorsitzenden noch in die des Gerichts das Gesetz die Vorlesung gelegt hat, wie dies in anderen Gesetzen der Fall sei; insbesondere habe das

*) Urtt. des R.-G. I. St.-S. v. 31./V. 1881, des II. St.-S, v. 29./X. 1880; allerdings wird in dem Urteil des I. St.-S. v. 4./XI. 1880 auch ein Vortrag des Vorsitzenden aus Akten, welche als Beweismittel in der Hauptverhandlung vorliegen, für zulässig erachtet.

**) Geyer a. a. O. S. 731. Er erkennt an, dafs der § 248 sich nicht, wie §§ 249—252 erkennen liefsen, auf den Fall beziehe, wenn eine Urkunde ein schriftliches Zeugnis einer Person enthalte, deren mündliche Vernehmung thunlich sei, dann, wie aus § 253 hervorgehe, nicht auf schriftliche Erklärungen des Angeklagten und nicht auf schriftliche Zeugnisse und Gutachten öffentlicher Behörden, für deren Verlesung § 255 St.-P.-O. mafsgebend sei. Hingegen gestatte § 248 irgend welche aufsergerichtliche Aufzeichnungen des Angeklagten und anderer Personen, welche zur Ergänzung der Beweisaufnahme dienten, den Richter in der Hauptverhandlung zur Kenntnis zu bringen, so, dafs nicht etwa die an sich mögliche Vernehmung der Personen, welche die Schriftstücke verfafst, dadurch ersetzt werden solle.

Gesetz einen Unterschied darnach, ob die Verlesung eines Schriftstückes zum Beweise oder nur zur Aufklärung der Sache dienen solle, mit Recht nicht aufgestellt, da der Unterschied weder klar noch durchführbar sei, wie die preufsische Praxis früher ergeben habe; das Gesetz spreche die Zulässigkeit der Verlesung ziemlich allgemein aus und die darin besonders aufgeführten Urkunden gälten nur als Beispiele. wie auch das Wort „insbesondere“ an die Hand gebe; Ausnahmen hiervon enthalte § 255 und die in § 250 St.-P.-O. gesetzten Ausnahmen bezögen sich nur auf die Protokolle über Vernehmungen des Angeklagten, der Mitangeklagten, der Zeugen und Sachverständigen; mau werde in der Regel davon ausgehen müssen, dafs Schriftstücke, welche zur Herstellung des Überführungsbeweises aufgenommen worden, nicht zu verlesen seien, wohl aber solche, welche die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten oder des Verletzten oder eines Zeugen betreffen und namentlich zur Klarstellung der Person des Betreffenden dienen, z. B. auch den Schuldbeweis betreffende Schriftstücke, wie aufgefangene oder mit Beschlag belegte Briefe, Nachsuchungsprotokolle, woraus sich ergiebt, dafs ein bestimmter Gegenstand im Besitz des Angeklagten sich befunden, Partieen aus Zivilprozefsakten unter Vorbehalt der Vorschrift des § 249 St.-P.-O., z. B. bei Meineidsuntersuchungen, Protokolle über Besichtigungen, mit Weglassungen von Zeugenaussagen, auch solche über Sachverständigengutachten, soweit sie nicht unter § 255 fallen.

Man wird sonach im Strafverfahren seitens der Parteien besonders darauf bei der Beweisführung zu achten haben, ob Urkunden benutzt werden, rücksichtlich deren die Verlesung in der Hauptverhandlung als notwendig vorgeschrieben ist oder welche nur vorgelesen werden dürfen, oder welche fakultativ vorgelesen werden „können“, oder welche gar nicht zur Vorlesung zu bringen sind; hieran knüpft sich im einzelnen Fall die Beweisfähigkeit einer Urkunde aus formell gesetzlichen Voraussetzungen.

3. Die Beweiskraft oder der Beweiswert des Urkundeninhalts als Beweisgrundes kommt, wie oben erwähnt, endgiltig erst zur Abschätzung bei der Beweisausführung und Beweiswürdigung, sobald alle Beweisgründe in ihrem Ineinandergreifen oder in ihrer Ergänzung oder Aufhebung gegen einander fertig vorliegen und übersehbar sind. Die Beweisfähigkeit der Urkunde, welche man auch (nicht richtig) „formelle Beweiskraft" genannt hat, mufs erst festgestellt worden sein, ehe die (materielle) Beweiskraft des Urkundeinhalts rücksichtlich des Beweissatzes zur Prüfung kommt. Ob das, was eine Urkunde für einen behaupteten Satz beweisen soll, auch Glauben verdiene oder für wahr anzunehmen sei, hängt von mehreren Voraussetzungen ab*).

a. Die Glaubwürdigkeit des Ausstellers einer Urkunde bedingt ebenso wie beim Zeugen- und Sachverständigenbeweis und bei dem Geständnis auch die Wahrheitsannahme dessen, was derselbe absichtlich oder unabsichtlich (zufällig) in dem beweisbehelflichen Wahrzeichen bekundet hat. Eine Gewähr für diese persönliche Glaubwürdigkeit liegt teils in den strafrechtlichen Folgen, welche an die Verletzung der besonderen oder allgemeinen Wahrheitspflicht geknüpft sind oder geknüpft werden können und daher annehmen lassen, dafs zur Vermeidung derselben die Wahrheit bekundet werde,

*) Man sagt: die Urkunde beweise zunächst sich selbst in der Bedeutung, dafs ihr formelles Bestehen als Urkunde als Augenscheinsgegenstand zur Betrachtung und Beurteilung kommt, dann dafs sie der vermittelnde Überlieferungsträger einer Erklärung des Ausstellers und welcher Erklärung sei; dann erst kommt deren Beziehung zum Beweissatz, d. i. ihr Beweisgrund für diesen in Frage. Der Unterschied von Beweisfähigkeit der Urkunde und Beweiskraft des Urkundeninhalts und endlich des Ergebnisses der Beweisführung für den Urteiler (Glauben, Vermuten für Wahrheit oder Unwahrheit) tritt am meisten bei dem logischen Beweise hervor, wo sich erst am Schlusse jenes Ergebnis herausstellt, am wenigsten aber bei dem Urkundenbeweise, wenn die Echtheit der Urkunde nicht bestritten wird, indem hier die Beweisfähigkeit der Urkunde, die Beweiskraft ihres Inhalts und die Wirkung oder das Ergebnis der Beweisführung sich auf einmal herausstellt; v. Canstein a. a. O. S. 56. Die dem Gericht obliegende eigene Einsicht der Urkunde hat zu dem Zwecke zu geschehen, um sich zu vergewissern, ob die Urkunde das Behauptete enthalte, was sich meist sofort herausstellt.

teils in der Stellung des Bekundenden in der bürgerlichen Gesellschaft, als Vertrauensperson in Amt und Pflicht und nach seiner Charakterbeschaffenheit und seinem erprobten Ansehen als wahrheitsliebenden Menschen. Von jeher ist den s. g. öffentlichen Urkunden wegen der mit Sicherungsmassregeln begründeten Glaubwürdigkeit ihrer Errichter eine formelle Glaubwürdigkeit in einer Beweisregel beigelegt worden; auch im neueren deutschen Zivilprozess lautet diese dahin, dafs jene im Falle des § 380 Z.-P.-O. vollen Beweis des bekundeten Vorganges, im Falle des § 383 Z.-P.-O. vollen Beweis der in ihr bezeugten Thatsachen, und im Falle des § 382 Z.-P.-O. vollen Beweis ihres Inhaltes liefern sollen, während nach § 381 Z.-P.-O. Privaturkunden (alle nicht öffentlichen Urkunden) den vollen Beweis liefern sollen, dafs die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben worden sind — die allgemeine Beweisregel für alle Urkunden, welche eine Erklärung enthalten ohne Rücksicht auf deren Inhalt. Während bei Privaturkunden das Wo und Wann (der Vorgang) der Abgabe der Erklärung aufserhalb der Beweisregel und innerhalb der freien Beweiswürdigung liegt, wird es von jener bei öffentlichen Urkunden mitumfasst und bietet gerade die formelle Unterlage der Glaubwürdigkeit. Sonach sind die positiven Beweisregeln auf die formelle Beweiskraft aller Urkunden, die eine Erklärung enthalten, in §§ 380, 381 Z.-P.-O. (öffentliche wie Privaturkunden) beschränkt, ohne die materielle Wirkung der abgegebenen Erklärung, ingleichen auch die Rechtsbeständigkeit oder Rechtsverbindlichkeit, soweit diese nach dem bürgerlichen Rechte von einer strengeren Form abhängt, zu berühren.*) Es sind also öffentliche Behörden inner-

*) In dem Urteil des R.-G. I. Z.-S. v. 23./X. 1880 wird erwähnt, wie die Gesetzgebung beabsichtigt gehabt, auch die materielle Beweiskraft der Urkunden zu regeln, es aber schliefslich aufgegeben und der richterlichen Würdigung jenen freien Spielraum gelassen habe; so z. B. trifft die Beweisregel in § 381 Z.-P.-O. nur die unterschriebenen Privaturkunden, nicht auch die nicht unterschriebenen, welche nach § 259 zu würdigen sind.

halb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder eine mit öffentlichem Glauben — fides publica — versehene Person innerhalb des ihr (nach Sondergesetzen) zugewiesenen Geschäftskreises, z. B. Notare, welche nach dem Gesetz einen besonderen Glauben für die in der vorgeschriebenen Form errichteten Bekundungen beanspruchen dürfen. Daher legt § 402 Z.-P.-O. solchen, welche nach Form und Inhalt sich als von jenen ex lege glaubwürdigen Personen errichtet darstellen, als positive Beweisregel die Rechtsvermutung der Echtheit bei, welche indessen bei Zweifelhaftigkeit auch von Amtswegen von dem Gericht näher festgestellt werden kann, und § 403 ordnet weiter als positive Beweisregel den Ersatz einer gleichen Vermutung rücksichtlich ausländischer öffentlicher Urkunden.

Wie weit aber Privatpersonen eine höhere oder mindere Glaubwürdigkeit bei ihrer Urkundenausstellung beizulegen sei, das hängt ganz von der freien Beweiswürdigung ab, und in der That legt die Praxis auch ihr wohlbekannten Privaten oder sonst durch ihre bürgerliche Stellung eine Gewähr für die Wahrheitsgemässheit ihrer Bekundungen bietenden Personen ein gleiches Vertrauen bei wie öffentlich angestellten Personen, sofern nur sonst der Inhalt der von ihnen ausgehenden Urkunden dem nicht entgegensteht*). Daher dreht

*) Mit Recht macht v. Canstein a. a. O. S. 57 darauf aufmerksam, dafs bei oft wiederkehrenden Urkunden einer Privatanstalt oder einer Privatperson, insbesondere einer im Handelsregister des betreffenden Gerichts eingetragenen Firma, wo also ein gewisses Vertrauen begründet ist, nicht minder als wie bei Urkunden öffentlicher Beamten, eine Vermutung für die Echtheit am Platze sei. Diese Vermutung, ebenso wie die für die Treue der Aufzeichnung des Inhalts, gründet sich im Wesentlichen auf das Vertrauen zu der Person des Ausstellers, wie bei einem Zeugen. Rücksichtlich der Handlungsbücher, welche hier besonders in Frage kommen, tritt noch der den Kredit des Handelstandes stützende psychische Zwang hinzu, wodurch die ordnungsmäfsige und wahrheitsgetreue Buchführung als eine kaufmännische Ehrensache vorgezeichnet wird, andererseits auch die Besorgnis, dafs im Fall des Geschäftsrückganges bis zur Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung eine Untersuchung wegen beabsichtigter Gläubigerbenachteiligung zu befürchten stehe (§ 202 Ziff. 4 der deutschen Konkursordnung). Mit dem Handelsbuch wird die geord-

sich der Unterschied zwischen öffentlichen und Privaturkunden weniger um die Beweiskraft ihres Inhalts, als vielmehr um die Echtheit rücksichtlich der grösseren Gefährdung der letzteren und der Entbehrlichkeit des Beweises jener bei öffentlichen Urkunden; denn ist eine Privaturkunde anerkannt, dann hat ihr Inhalt mit dem der öffentlichen ganz gleiche formelle Beweiskraft, da sie beide als echt gelten, also beweisfähig sind; z. B. wenn zwei Verträge über denselbeu Gegenstand, der eine privatim, der andere vor einer öffentlichen, zuständigen Behörde abgeschlossen vorliegen, aber im Inhalt von einander abweichen, so ist der eine wie der andere an sich beweiskräftig und es fragt sich dann nicht mehr um die Glaubwürdigkeit der Aussteller, sondern um die beabsichtigte oder zufällige Uebereinstimmung der Vertragsschliefsenden.

Das führt uns auf die Beschaffenheit des Inhalts der Urkunde, ob er eine beabsichtigte oder zufällige Beweisbehelflichkeit besitzt.

b. Es wurde oben in dem aufgestellten Begriff der Urkunde, nämlich als der sachlich festgestellten Bekundung einer Gedankenäufserung beweisbehelflichen Inhalts, um jegliche Art der Gedanken, mögen sie dem Begehren, Wollen, Erwägen, Urteilen, Erkennen oder blofsen Wahrnehmen und Erinnern entspringen, darunter fassen zu können, welche in beweisbehelflicher Weise zu gebrauchen sind, davon abgesehen, wie von Wetzell, Heusler, John, v. Kries u. a. geschehen

nete Geschäftsführung als indizierende Thatsache (Gewohnheit) bewiesen, woraus gefolgert werden soll, dafs auch die fr. Post richtig eingetragen sei. Der s. g. Bucheid konnte daher nicht die Richtigkeit der Bucheintragung im einzelnen Fall ergänzend beweisen, sondern nur die Wirksamkeit jenes Indizes für die Annahme auch der Wahrhaftigkeit des fr. Eintrags ergänzen; s. Heusler a. a. O. S. 313. Dasselbe gilt von der Schriftenvergleichung, welche nur zum Beweise des Indizes dient, für das die herangezogenen Schriftstücke Beweismittel sind; die Ähnlichkeit der mehreren Unterschriften ist Beweisgegenstand, nicht die Echtheit der diffitierten Urkunde; diese wird vielmehr erst aus der thatsächlichen Übereinstimmung (das Indiz) erschlossen; s. Heusler a. a. O. S. 314.

ist, den möglichen Inhalt der Urkunden nach Gruppen oder Kategorieen zu begrenzen*).

*) Wie man bei dem Geständnis unterscheidet, jenachdem es Dispositionsakt oder reines Beweismittel ist, so hat man auch „Dispositivurkunden“ und „Beweisurkunden“ unterschieden, dabei haben aber die ersteren eine geringere oder gröfsere Ausdehnung erhalten, z. B. von Brunner, Zur Geschichte der römischen und germanischen Urkunde, S. 65, 66 auf die Begründung verbriefter Bechte beschränkt, von John a. a. O. S. 44 auf den Kreis derjenigen Urkunden erweitert, durch deren Vermittelung rechtliche Dispositionen getroffen werden gegenüber solchen, welche nur Beweiszwecken dienen, worunter dann die „sachlichen Fixierungen der rechtswirksamen Wahrnehmung oder des rechtswirksamen Urteils einer Person“ gegenüber den des „rechtswirksamen Willens“, fallen. Wetzell, System, 3. Aufl., S. 222 hatte den Dispositivurkunden (über rechtliche Dispositionen und andere Willenserklärungen von rechtlicher Bedeutung) solche mit sonstigen Erklärungen (Geständnisse nachteiliger Thatsachen und Zeugnisse) gegenübergestellt, wodurch der Umfang der materiellen Beweiskraft der Urkunde verschieden begrenzt wurde; gegen die Nebenstellung der Zeugnisse neben das Geständnis als Inhaltskategorie der Beweisurkunden hat sich Heusler a. a. O. S. 293 ausgesprochen, weil dieselbe Urkunde in dem einen Prozefs als ein Geständnis, in dem andern als ein Zeugnis verwendet werden könne, also doppelte Funktionen habe „auf Kosten der Indizien“, die darüber immer zu kurz kämen. Nach ihm wird eine Aufzeichnung nur dadurch zur Urkunde im Rechtssinne, dafs sie dem Richter zum Beweis eines Rechts verhilft, dafs sie ihm den Rechtsakt oder ein Geständnis darüber oder ein darauf weisendes Indiz zum unmittelbaren Ausdruck oder zur Gewifsheit bringt, so dafs zwischen öffentlichen und privaten Urkunden bezüglich ihrer materiellen Beweiskraft kein Unterschied bestehe; hierbei wird von Heusler a. a. O. S. 291 die Unbrauchbarkeit des Satzes, dafs Privaturkunden nur wider den Aussteller bewiesen, dargethan, indem dies nur insoweit der Fall sei, als der Aussteller einer zum Beweise eines Geständnisses gebrauchten Urkunde auch der Probat sei, weil das Geständnis nur eine Erklärung dieses an den Probanten sei; aufserdem aber brauche eine zum Beweise eines Indizes produzierte Urkunde gar nicht vom Aussteller herzurühren und wird dann gegen einen anderen beweisen, und da, wo es sich nicht um ein Indiz, sondern wirklich um eine Disposition handle, hänge es von deren Charakter ab, ob sie gegen jedermann oder nur gegen den Aussteller wirksam sein könne. Die Ursache der Aufstellung jenes Satzes sieht Heusler in der Verkennung der Rechtsakte und Geständnisse als die durch Urkunden zu beweisenden Thatsachen (Beweisobjekte) und in der Aufstellung der Hilfskategorie von „Zeugnissen“ für die vielen Urkunden, welche nur ein Indiz bewiesen u. s. w. v. Kries a. a. O. hat die Urkunden nach ihrem Inhalt in Dispositiv- und berichtende Urkunden eingeteilt und letztere wieder, jenachdem sie einen Bericht eines Zeugen, Sachverständigen oder einer Partei enthalten. Erwähnt werden mag hier noch Wach's Auffassung, in seinen Vorträgen, S. 153, wonach Urkunden gar kein selbständiges Beweismittel, vielmehr nur Erscheinungsformen seien, entweder für Augenscheinsobjekte, wenn sie ein Stück

Die Gedankenäufserungen beweisbehelflichen Inhalts müssen bei jeder zum Beweis eingeführten Urkunde in eine Beziehung zum Beweissatz gebracht werden, die sich erklären läfst oder wie man sagt: „Verstand hat“. Jenachdem diese Beziehung eine überzeugend nahe oder weniger nahe ist, wird jene Gedankenäufserung oder der Urkundeninhalt in seiner Beweisbehelflichkeit steigen oder fallen bei Wertschätzung der Beweiskraft*). Die Erkenntnis jener Beziehungen ist also zu fördern durch mancherlei Hilfsmittel, wie sie die Auslegung der Gesetze an die Hand giebt, um den Inhalt der Urkunde deutlich werden zu lassen; sie hat ja nur den allein denkbaren allgemeinen Zweck der sachlichen Feststellung von Gedankenäufserungen des Ausstellers, wie das Gesetz den der Willensäufserungen des Gesetzgebers, und zwar weiter, um sie anderen oder sogar nur sich selbst zu erhalten vor der Verflüchtigung durch die Zeit oder zur Erkennbarmachung anstatt der mündlich-wörtlichen Ueber-

des Thatbestandes verkörpern, z. B. Dispositivurkunden, Wechsel u. s. w., oder für Aussagen mit Beziehung auf den Thatbestand als (schriftliche) Verkörperungen von Geständnissen und Zeugnissen. Damit wird freilich die ganze Bedeutung der Urkunden als Wahrzeichen im Volks- und Rechtsverkehr geleugnet.

Alle diese Bemühungen, den Begriff der Urkunde nach ihrem möglichen Inhalt in Kategorieen bestimmen zu wollen, sind m. E. vergeblich, weil sie doch nicht zu erschöpfen vermögen, was der Lebens- und Rechtsverkehr an mannigfaltigen Gedankenäufserungen in die Erscheinungsform einer Urkunde zu bringen vermag; es scheint dies nicht weniger vergeblich als die Bemühungen waren, die Argumente in Klassen bringen zu wollen. Was demnach in einer Urkunde zum Ausdruck gebracht wird und nicht eine Disposition oder ein Geständnis (Zeugnis) oder ein Indiz zu beweisen vermöchte, würde nach Heusler keine Urkunde sein, oder nach v. Kries nicht, sofern es nicht einen Bericht enthielte, wenn es keine Disposition enthält, oder nach John nicht, wenn nicht rechtswirksame Willens-, Wahrnehmungs- oder Urteilsäufserungen darin bekundet werden. Das sind nur Beengungen des Begriffs, welche nicht haltbar sind, da sie den Beweis verschränken.

*) Das ist es, was Schall u. Boger a. a. O. S. 71, 73 als den Beweiswert der Urkunde bezeichnen, der in genauem Verhältnis der Identität mit der bestrittenen Thatsache oder Übereinkunft oder der Beziehung zu dieser stehe — das Prinzip, welches auf alle Arten von Beweismitteln anwendbar sei. Je gröfser oder geringer die Identität des Urkundeninhalts mit dem bestrittenen Punkte, desto gröfser sei der Beweiswert der Urkunde.

lieferung. Die von der Hermeneutik und Kritik gebotenen Hilfsmittel dienen zur richtigen Er- und Auffassung des Urkundeninhalts, nachdem man sich der Vollständigkeit des urkundlichen Materials in äufserer und in innerer Beziehung versichert hat, ob die Urkunde nicht etwa im Zusammenhang mit anderen Urkunden stehe (referens sine relato), oder von verabredeten oder zufälligen Voraussetzungen ausgegangen sei. Ganz analog der Gesetzesauslegung ist nach dem Wortlaut und dem Sinn des Inhalts zu forschen, der Einklang oder die Erklärung der Nichtübereinstimmung zwischen Form und Inhalt, oder der unlösbare Widerspruch zwischen beiden, festzustellen*). Nach der Sicherstellung des Inhalts der Urkunde mittels der grammatischen und logischen Auslegung, wobei die Entstehung und der Zweck der Urkundenausstellung von wesentlichster Bedeutung für das Erkennen sein wird, kommt man dahin, das Wesentliche von dem Nebensächlichen, das Beabsichtigte von dem Zufälligen, das Beweiserhebliche von dem Nichterheblichen zu scheiden und die erste Alternative zur Abschätzung des Beweiswertes zu verwenden. „Der Urteiler wird sich immer bemühen, den Inhalt mit dem Grunde, warum dem Schriftstück Glauben geschenkt wird, zu vergleichen; anders stellt sich der Beweiswert des schriftlichen Zeugnisses, anders der eines aus dem Schriftstück abzuleitenden Indiciums, anders der einer urkundlichen Erklärung einer bestimmten Person, anders der eines sonstigen Schriftstückes“ **). Wir möchten die Beweiskraft des

*) Die Feststellung des zweifelhaften Urkundeninhalts hat hauptsächlich von den Parteirednern zu erfolgen; eine blofse Bezugnahme auf die zum Beweis vorgelegten Schriftstücke genügt nach § 128 Abs. 3 Z.-P.-O. nicht; das Gericht hat durch eigene Einsicht der Urkunde sich nur zu überzeugen, „ob die Urkunde das Behauptete enthalte und um eventuell den nachträglichen Vortrag oder die Verlesung des Urkundeninhalts in der nötigenfalls wiederaufzunehmenden mündlichen Verhandlung zu veranlassen“; vergl. R.-G. III. Z.-S. im Urt. v. 21./III. 1881.

**) Glaser a. a. O. S. 367. Geyer a. a. O. S. 731 bemerkt insoweit, dafs die Beweiskraft der Urkunden von den darin enthaltenen Beweisgründen abhänge, ob sie ein Geständnis, Zeugnis oder sonstige Erklärung enthalte, es werde insbesondere die Kenntnis der Umstände,

Urkundeninhalts von folgenden Voraussetzungen abhängig machen:

α) Vor allem wird es sich darum fragen, ob die in der Urkunde niedergelegten und erkennbar gemachten Gedankenäufserungen beabsichtigt oder nicht beabsichtigt beweisbehelfliche, d. h. zufällige, blos hingeworfene seien, insofern als ein beweisbehelflicher Zweck oder nur die Erkennbarmachung eines Gedankens ohne Rücksicht auf eine Beweisbehelflichkeit des Inhalts bei der sachlichen Feststellung im Auge behalten worden ist? Die beabsichtigte Beweisbehelflichkeit kann allen möglichen verbindlichen oder nicht verbindlichen Erklärungen zugrunde liegen; dieser erkennbare Zweck einer Urkunde stellt die Dispositivurkunden, Geständnis-, Zeugnis-, Indizien-Urkunden alle rücksichtlich der Beweiskraft auf gleiche Linie, indem die Deckung des Beweissatzes eben nur soweit erfolgt, als jene Erklärung aus der Urkunde hervorgeht und zwar zum Zweck des Beweises für einen bestimmten Beweissatz; es fragt sich dann nur um die Gleichartigkeit oder Zusammenhangsbeziehung des bekundeten Beweissatzes mit dem im Prozess aufgestellten. Für die bevorzugte Glaubwürdigkeit der zum Beweiszweck gefertigten Urkunden, worunter vor allen die s. g. Dispositionsurkunden gehören, welche den Beweissatz im Prozesse am unmittelbarsten decken, spricht der Umstand, dafs sie mit besonderer oder mindestens gröfserer Ueberlegung und Umsicht als mündliche Erklärungen zustande gebracht werden — Ausnahmen natürlich vorbehalten. Daher sind solche Urkunden mit beabsichtigt beweisbehelflichem Inhalt um so unbedenklicher für beweiskräftig zu erachten, wenn der Aussteller die Tragweite der darin bekundeten Erklärungen oder Berichte, überhaupt Gedankenäufserungen nach

unter welchen ein Schriftstück entstanden, und der etwaigen Absichten, welche der Schreiber mit demselben verfolgte, wichtig. Mit Hilfe der Psychologie und Rechtswissenschaft erkennt man die einer Urkundenausstellung zu grunde liegenden Motive und Absichten, je nachdem die zu lösende Schwierigkeit thatsächlicher oder rechtlicher Natur ist; vergl. Schall u. Boger a. a. O. S. 73.

den Umständen gehörig bemessen konnte, wie dies bei Rechtsakten oder schriftlichen, zugestehenden, ableugnenden, bezeugenden und begutachtenden, Äufserungen zu Papier der Fall zu sein pflegt; denn hier deckt sich gewöhnlich dasjenige, was bekundet worden ist, auch mit demjenigen, was bekundet werden sollte, oder die Urkundenform deckt den beabsichtigten, gewollten Gedanken des Ausstellers. Weit vorsichtiger ist der Inhalt solcher beweisbehelflicher Gedankenäufserungen zu prüfen, aus denen, nach den begleitenden Umständen ihrer Kundgebung und nach dem Grund derselben, nicht die Absicht hervorgeht, dafs sie zum Zweck eines Beweisgebrauches sachlich festgestellt worden sind. Hier ist dasjenige, was ohne Rücksicht auf etwaige Beweisverwendung zum Ausdruck gebracht wurde, was aber doch als beweisbehelflich erscheint, immerhin dann glaubwürdig und beweiskräftig, wenn es der Aussteller der Urkunde nachweislich bekundete, ohne an das Bekanntwerden der Aufzeichnung zu denken oder ohne davon für sich einen Vorteil oder einen Nachteil erwarten zu können. Die Feststellung des Grundes und Zweckes solcher nicht absichtlich beweisbehelflichen Äufserungen, die Erkennung ihrer eigentlichen Absicht ist der sicherste Leitfaden für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Bekundeten*). Je unbefangener und rücksichtsloser derartige Äufserungen erscheinen, je weiter sie von der Ahnung einer Beweisbehelflichkeit liegen, desto mehr darf man sie für wahrhaftig erachten, aber auch dann, wenn sie bestimmt nur die Verfolgung des einen bestimmten Zweckes aufserhalb einer Beweisbehelflichkeit für den vorliegenden Fall erkennen lassen. Natürlich ist auch die Sorgfalt in der Auswahl der Gedanken, in der Abwägung ihrer Tragweite, in dem Gebrauch der

*) Wie durch Gesetz, Herkommen und Privatabkommen der Buchstabenbezeichnung ein anderer Inhalt beigelegt werden kann, so auch hat eine Namensunterschrift an bestimmten Stellen einer Urkunde eine regelmäfsige Zusammenhangs- oder Bezugsbedeutung, z. B. die des Bezogenen auf der Vorderseite des Wechsels. An und für sich beweist eine Namensunterschrift nur ihre Existenz und es ist jedesmal zu ermitteln, welchen Zweck der Urheber damit verfolgt haben mag.

Worte und ihrer Verbindung bei einem nicht an die etwaige Beweisbehelflichkeit der sachlichen Feststellung denkenden Urkundenaussteller eine geringere, vollends bei weniger gebildeten und an Unterscheidungen nicht gewöhnten Leuten, welche sich auch nicht selten bei der genauesten Abwägung der Begriffe und Worte fast bis zum Gegenteil dessen, was sie eigentlich sagen wollen, vergreifen.

β) Ein weiterer Mafsstab für die Bemessung des Beweiswertes des Urkundeninhalts ist die Feststellung der Ernstlichkeit und der Wahrheit des Bekundeten aus dem Mangel von Einflüssen (äufserer und innerer Art) auf den Urkundenerrichter, wie Abwesenheit von physischen oder psychischen Zwangsmitteln, volle Freiheit der Entschliefsung zur Ausstellung, von fremden oder eigennützigen Einwirkungen, von Hintergedanken und verborgenen Zweckbestrebungen. Jede naheliegende Vermutung gegen die Wahrhaftigkeit des Ausstellers, der Verdacht der Verstellung, Scheinerrichtung, der Inhaltserdichtung beraubt jede Urkunde ihrer Beweiskraft. Es sind die s. g. intellektuellen (richtiger materiellen) Urkundenfälschungen, welche hier inbetracht kommen, Fälschungen am Inhalt bei aller Wahrung der Echtheitsform, eigentlich unwahre Darstellungen des Inhalts seitens des Urkundenausstellers, schriftliche, oft in betrügerischer Absicht, in Urkundenform gebrachte Lügen, welche sich unter dem Schein der Beurkundungsform verbergen und diese zur besseren Erlangung des Glaubens mifsbrauchen. Gegen die Wahrheit des Urkundeninhalts ist ein Gegenbeweis stets zugelassen gewesen, welcher direkt geführt werden kann durch den Nachweis der materiellen Fälschung bei der Urkundenerrichtung seitens des Errichters oder indirekt durch den Nachweis der Unmöglichkeit oder Unwahrscheinlichkeit des Bekundeten wegen seines Widerspruches mit anderen feststehenden Thatsachen, wodurch die „materielle Beweiskraft“ des Urkundeninhalts bei aller Beweisfähigkeit und „formellen Beweiskraft“ zu nichts herabsinken muss oder kann.

γ) Endlich ist es, wie bei den aus den anderen Beweis-

mitteln geschöpften Beweisgründen, auch hier die innere Wahrscheinlichkeit des Bekundeten, welche die stärkste Stütze für dessen Beweiskraft ist. Diese kann sich aus der Urkunde allein ergeben, welche ebenso leicht deren Urheber vernichten kann, wie sie umgekehrt für ihn ein zureichendes und überzeugendes Zeugnis in eigener Sache zu erbringen vermag, denn der Satz: scriptura non probat pro scirbente besagt im Strafprozefs formell gar nichts und hat sachlich, wie im Zivilprozefs, eine nur beschränkte Geltung. Die innere Wahrscheinlichkeit oder deren Gegenteil kann im Zusammenhalt mit der sonst aus dem Beweisverfahren für oder gegen den zu beweisenden Satz sich ergebenden Schlufsfolgerungen eines logischen Beweises verstärkt oder abgeschwächt werden und wie bei den Indizien hat der Beurteiler der Beweiskraft des Urkundeninhalts „sich vor allem davor zu hüten, auch aus einem an sich verläfslichen Beweismaterial mehr abzuleiten, als dadurch bei richtiger Prüfung erwiesen erscheint"*).

J. Beweisführung mittels logischer Folgerung.

§ 50.

1. S. g. Logik der Thatsachen und Gesamteindruck.

Im Anschlufs an die Erörterungen im § 39 Abs. 1 über die Gegenüberstellung von s. g. historischem Beweis (aus empirischen Beweisgründen) und dem logischen Beweis (mittels Schlufsfolgerungen) ist nunmehr zu diesem letzteren überzugehen.

Wo es sich um Rechtsverletzungen und deren Ausgleichung oder Sicherung handelt, ist die Ergründung des Zusammenhangs der Dinge hauptsächlich zusammengedrängt auf die Feststellung der verursachenden Thatsachen und der daraus entstandenen Folgen und die Zurückführung beider als äufserer Bestandteile der Rechtsverletzung auf die Verschuldung eines Menschen, an welche die Rechtsfolge zu knüpfen

*) Glaser a. a. O. S. 367.

ist. Für die Beweisführung aus dem Zusammenhang der Dinge sind die physischen und psychischen Gesetze, unter denen das menschliche Thun und Treiben sich bewegt, die Stützen für die Wahrheitsfolgerung. Die Gesetze des Denkens regeln das Erfahrungswissen; eine aus dem letzteren geschöpfte Annahme kann als wahr gelten, wenn sie vor den Gesetzen des Denkens bestehen kann; erst dann ist sie auch richtig.

1. Ergiebt sich aus dem Zusammenhang der aus dem Beweis eines Rechtsfalles hervortretenden Thatsachen untereinander und in ihrer Beziehung zu den rechtserheblichen die innere, logische Nötigung zur Annahme der Wahrheit einer bis dahin noch unerwiesenen Thatsachenbehauptung in der Weise, dafs ein bestimmter haltbarer Grund zur Annahme des Gegenteils fehlt — nach den Gesetzen des Denkens und den Sätzen der Erfahrung — dann spricht man von einer die Überzeugung erzwingenden „Logik der Thatsachen“, welche also zur Wahrheitsannahme, fast unausweichbar, hindrängt und zwar durch Folgerungen. Sie übt ihre Macht nicht blos, wenn auch vorzugsweise, in dem Indizienbeweis auf den Beurteiler, sondern auch bei dem s. g. historischen Beweis mit den natürlichen oder direkten Beweisgründen, aus denen auch erst durch Schlufsfolgerungen zur Wahrheitserkenntnis gelangt wird*).

*) Was Glaser a. a. O. S. 142 ff. hierüber ausführt, kann getrost unterschrieben werden: Bei dem natürlichen oder historischen Beweise sind die Obersätze regelmäfsig und in allen Fällen wiederkehrende, so dafs sich in der Regel die stattfindende Schlufsfolgerung vollzieht, ohne dafs wir uns dessen bewufst werden. Es wird uns die physische Wahrnehmung, das persönliche Erleben der zu bewährenden Thatsache bestätigt, und unser Glaube an die dafür vorgebrachten Zeugnisse beruht auf einem gewissermafsen ein für allemal durchgemachten Denkprozesse, während der Indizienbeweis die gleiche Prozedur für die historisch bezeugte Thatsache und sodann, um von dieser auf den Beweissatz zu kommen, noch eine zweite, nicht in gleicher Weise ein- für allemal vorbereitete Prozedur fordert. „Allein auch der natürliche Beweis, der auf dem Glauben an das Zeugnis im weiteren Sinne beruht, kann sich nicht immer blos auf die abstrakten Sätze stützen, welche diesen Glauben im allgemeinen rechtfertigen. Zunächst bedarf es einer Prüfung und einer Reihe von Schlufsfolgerungen, um festzustellen, ob die allgemeinen Voraussetzungen der Glaubwürdigkeit des

Der s. g. künstliche oder logische Beweis fordert, damit der Beweisgrund überhaupt als solcher erkannt werde, eine bewufste, ja beabsichtigte Denkthätigkeit, während bei dem natürlichen oder historischen Beweise diese Thätigkeit bei der Aufnahme der Beweisgründe eine unwillkürlich, fast unbewufst kritische, d. h. die Berechtigung des empfangenen Eindrucks auf Grund der Beweisfähigkeit des Beweismittels nachprüfende ist. Eine unmittelbare Überzeugung des Beurteilens wird hier wie dort nicht gewonnen; nur die Art der Vermittelung ist bei dem logischen Beweise eine andere und zwar zusammengesetztere als bei dem historischen Beweise. Aber bei beiden ist es jene Nötigung zur Wahrheitsannahme aus der Denkfolgerung des Beurteilers der Beweisergebnisse, welcher er sich, zumal beim Anzeigenbeweis, nicht zu entziehen vermag.

Die Logik der Thatsachen nötigt den Beurteiler in zwei

Zeugnisses, Geständnisses u. s. w. im gegebenen Falle zutreffen, und es ist dabei in der Regel ganz derselbe Denkprozefs durchzumachen, um die Verläfslichkeit des Zeugnisses i. w. S. feststellen zu können, wie er durchzumachen ist, um von einer Thatsache anderer Art auf die durch sie angezeigte Thatsache schliefsen zu können. Wenn z. B. die Verläfslichkeit des Geständnisses davon abhängt, dafs der Beschuldigte Thatsachen angiebt, die kein Unschuldiger wissen kann, so wird die Beweiskraft des Geständnisses durch eine Folgerung hergestellt, die ganz denselben Charakter hat, wie die, nach welcher aus dem Umstande, dafs der Angeklagte etwas that, was die Kenntnis jener Umstände voraussetzt, auf seine Schuld geschlossen wird; ja es zeigt sich, dafs von den beiden Fällen der erste vielmehr den Charakter mittelbarer Beweisführung trägt, als der zweite." Oftmals mischt aber ein Zeuge eigene Schlufsfolgerungen seiner Wahrnehmung und Aussage darüber bei und da sieht sich der Beurteiler dieser genötigt, auch die Richtigkeit der Schlufsfolgerung des Zeugen zu prüfen, welche eigentlich nur Sache des Beurteilers ist; oft bezeichnet man gewisse Umstände als durch Augenschein oder Befund der Sachverständigen bewiesen, während dadurch nur die Kenntnis sachlicher Beweismittel gewonnen wird, welche erst das Vorhandensein eines Indicium darthun, wie in den meisten Fällen des Urkundenbeweises. „Umgekehrt kann historische Gewifsheit durch mittelbare Zeugnisse ebenso gewonnen werden, wie es denkbar ist, dafs eine Anzeigung durch Anzeigungen bewiesen wird. Entscheidend bleibt daher immer nur, ob die Kette der Beweisführung bis zu einem Menschen zurückführt, der die Thatsache aus seiner unmittelbaren Wahrnehmung bestätigt oder nicht; jede Thatsache, die nicht so bezeugt ist, kann nur durch Indizien bewiesen werden."

zu unterscheidenden Graden und Weisen zur Wahrheitsannahme.

a. Es giebt gar nicht so seltene Fälle, in welchen schon ein einziger, aber gewisser Thatumstand, mehr aber noch durch Hinzutreten eines anderen, oder ein durch Verbindung mehrerer Umstände gebildeter, einheitlicher Beweisgrund, eine unausweichliche Folgerung erzeugt, wie z. B. die Urheberschaft der Schwangerschaft nur dem zugerechnet werden kann, der nachweislich allein mit der schwangeren Frauensperson in Berührung gekommen sein kann, wie etwa ein Gefangenwärter mit einer Gefangenen, oder die Zurechnung irgend einer anderen That zur Verschuldung jemandes, welcher allein eine bestimmte Kenntnis von Verhältnissen der Örtlichkeit, der bestimmten Person oder einer Sachlage hatte, die eine notwendige Voraussetzung der fr. Handlung ist; aber auch eine der Annahme einer Wahrheit gegenüber stehende gänzliche Unwahrscheinlichkeit eines abweichenden Sachverhaltes, gegen welche sich das Denken geradezu sträuben würde, vermag den Beurteiler dazu zu drängen, nur jener Annahme, als der einzig nach physischen oder psychischen Gesetzen denkbar möglichen, zu folgen, wie das besonders, abgesehen vom Geständnis, bei dem Beweis der Verschuldung, zumal auch bei Sachverständigenbeweisen rücksichtlich des objektiven Thatbestandes vorzukommen pflegt.

b. In den meisten Fällen reihen sich mehrere, oft von einander scheinbar unabhängige Thatumstände durch Denkverbindung aus der Erfahrung, als wahrscheinlich zusammenhängende, an einander und die Verbindung von daraus entlehnten Beweisgründen der Wahrscheinlichkeit erhebt, die einzelnen unvollständigen Teilbeweise zu einem vollen Gesamtbeweis, welcher sich zu einem logisch und erfahrungsmäfsig erklärbaren Anschauungsbild damit zusammensetzt, dafs der Beurteiler mangels entgegenstehender Unwahrscheinlichkeiten oder Zweifel oder nach erklärbarer Beseitigung solcher, nur zur Annahme der einen höchsten Wahrscheinlichkeit und zur Gewissheit hingeführt wird. Die

„prozefsuale Gewissheit" beruht aber „auf der Abneigung des menschlichen Geistes, sich durch eine blofse Möglichkeit, ohne die geringste Verbürgung ihrer Verwirklichung, zum Handeln bestimmen zu lassen, an wunderbare Zufälle zu glauben, wo andere Erklärungen näher liegen, die nichts als jene abstrakte Möglichkeit gegen sich haben"*). Die Beweismittel des natürlichen oder historischen Beweises, welche unvollständige Beweisergebnisse geliefert haben, lassen doch wenigstens erkennen, was sie bestätigen, und ergeben meist fertige Beweisgründe; dagegen mufs der Beurteiler bei dem künstlichen oder logischen Beweise sich solche erst mittels seiner Denkthätigkeit aus Hilfsthatumständen selbst schaffen, und was auf synthetischem Wege gewonnen worden, mufs, um die Probe zu bestehen, auf analytischem Wege wieder zu gewinnen versucht werden; stimmt das hypothetisch Angenommene mit sämtlichen Erscheinungen des Falles zusammen und wird die Möglichkeit, wenn an Stelle des Angenommenen eine andere annehmbar erscheinende Thatsache einzustellen versucht wird, eine gleiche Übereinstimmung zu erreichen, ausgeschlossen, so drängt das Zusammentreffen aller in erklärbarem Zusammenhang stehenden Thatumstände den Beurteiler zur Annahme einer Wahrheit hin. Nicht wie bei der Häufung der s. g. natürlichen Beweisgründe von den einzelnen derselben geht die Überzeugung aus, sondern von dem Gesamtergebnis der durch relative Stärkung der einzelnen durch Zusammenhangserklärung gefundenen Beweisgründe aus Hilfsthatsachen hängt die Hinüberführung der Überzeugung von der Wahrscheinlichkeit zur Gewifsheit ab und insonderheit die überzeugende Kraft eines gelungenen Anzeigenbeweises, in welchem die „Logik der Thatsachen" ihren beredten Ausdruck findet.

*) Glaser a. a. O. S. 138 ff. Dieses ausgezeichnete Werk kann nicht genug zum Studium der Staatsanwälte und Verteidiger empfohlen werden, zumal es auch in den reichhaltigen Anmerkungen eine Menge praktisch verwendbarer Belege aus dem englischen Beweisrecht und vielen Schriften des Auslands bietet.

2. In den Beweisausführungen der Parteiredner, wie auch in den Urteilsgründen erscheint der „Eindruck“ als ein auf die Gewinnung der Uberzeugung mehr oder weniger mitwirkender Bestimmungsgrund, seitdem der Prozefs als ein mündlicher unter dem leitenden Grundsatz der Unmittelbarkeit steht. Es ist die unmittelbare Anschauung des in den Verhandlungen des bürgerlichen und in der Hauptverhandlung des Strafprozefses nach menschlichen Kräften wieder vorgeführten und durch einzelne Beweise zusammengesetzten Geschichtsbildes des dem Rechtsfall zugrunde liegenden Vorganges. Diese Anschauung erzeugt nach und nach (auf synthetischem Wege) ein Vorstellungsbild in dem Beurteiler von dem wahrscheinlichen Geschehensein, in welchem während der Verhandlung je nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme sich einzelne Hypothesen verändern können, so dafs die anfänglichen Vermutungen beseitigt und in das Gegenteil umgewandelt werden können. Aus dieser Anschauung bildet sich dem Beobachter oftmals, mehr im Gefühls- als im Verstandesdenken, etwas vorerst Unbestimmtes und Unbeschreibbares, welches man schlechtweg „Eindruck“ nennt und welches das Urteil lenkt. Man gewinnt einen Eindruck von einer Sache, einem Vorgang, am meisten von Personen (s. g. persönlicher Eindruck), Einzel- und Gesamteindrücke, jenachdem man nur einzelne Thatsachen oder das Zusammenwirken aller auf das Gefühl oder Gemüt in Berücksichtigung zieht, wie im gewöhnlichen Leben, so auch vor Gericht. Hier ist es ganz besonders der „persönliche Eindruck“, welchen Parteien, zumal im Strafverfahren Beschuldigte, die Auskunftspersonen, namentlich die Zeugen, rücksichtlich ihrer Glaubwürdigkeit machen, und worauf ein grofser Teil der Überzeugungsgewinnung besonders der Laienrichter zu beruhen pflegt. Daneben steht aber auch der „sachliche Eindruck“, welchen z. B. Augenscheinseinnahmen, Verbrechensgegenstände, Urkunden u. s. w. auf den Beschauer machen. Fafst man die Einzeleindrücke aber zu einer endlichen Schlufsfolgerung über

die den Rechtsfall bildende That nach ihrer Aufsen- und Innenseite zusammen, um ein s. g. Facit oder Urteil zu bilden, so redet man von einem „Gesamteindruck“, welcher bei den Geschworenen die Urteilsgrundlage für ihren Schuldig- und Freispruch zu bilden pflegt*). Der Gesamteindruck geht also aus der Gesamtanschauung der Verhandlungsergebnisse hervor und ist mehr ein Gefühlsurteil ohne augenblickliches Bewufstsein der Bestimmungsgründe. Sobald aber das Verstandesdenken diesen Gesamteindruck, der sich fast unbewufst aus der Zusammensetzung des Anschauungsbildes in der Vorstellung gebildet hat (synthetisch), auflöst in die einzelnen Anschauungen und auf logische Zergliederung (Analyse) zurückführt, also Beweisgründe für die kritische Geistesthätigkeit ausfindig macht, dann wird dem „Eindruck“ eine Klarheit des Denkens und Urteilens nach Gründen unterstellt und es bleibt davon für die Gewinnung der Überzeugung nicht viel mehr übrig — höchstens das Unbeschreibbare der Einzelanschauung, welches im Gefühle ruht und nach der Subjektivität recht verschieden und daher wenig zuverlässig ist, oftmals der s. g. „persönliche Eindruck“, dem man eine mitwirkende Berechtigung nicht ganz absprechen kann, in dessen Wertschätzung für die Beweisführung man jedoch wegen seiner erfahrungsmäfsigen Trüglichkeit sehr vorsichtig sein

*) Hierauf stützte Köstlin, Wendepunkt des Strafverfahrens (1849) S. 107 ff. geradezu die Begründung des Schwurgerichts als Rechtsanstalt, indem er ausführte, es sei nötig, dafs diejenigen Subjekte, welche berufen seien, den Einblick in die Innerlichkeit der verbrecherischen That zu vermitteln, die einzelnen Momente zu einem Ganzen im Gesamteindruck zu sammeln hätten, welcher ihr Gewissen zum Urteil führe und so das Gewissen des Angeklagten, das sich nicht durch ein Geständnis erleichtere, vertrete. Vergl. des Verf. Abhandlung in Goltdammers Archiv Bd. VIII. S. 461 ff. im § 2: „Charakteristik des Systems der Freiheit der richterlichen Überzeugung.“ S. das. auch S. 469 v. Savigny's Äufserungen über den „Totaleindruck“ in der 1846 in Berlin als Manuskript gedruckten Denkschrift: „Die Prinzipien in Beziehung auf eine neue Strafprozefsordnung“, wo er sagt: „Die Gewähr für die Wahrheit des Urteils über die Thatfrage ist also darin zu suchen, dafs der Urteilende neben dem unerschütterlichen Willen, der Wahrheit die Ehre zu geben, die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitze, und dafs er davon in besonnener Reflexion wirklich Gebrauch mache.“

mufs. Bei rechtsgelehrten Richtern, welche an die Zergliederung der synthetisch gewonnenen Überzeugung nach Gründen des logisch-juristischen Denkens gewöhnt sind, sollte nur die Rede sein von einem Eindruck, welchen die Anschauung nicht auf das Gefühl oder Gemüt, sondern auf den Verstand macht und welcher in Gründe aufzulösen ist*); einem noch übrig bleibenden, nicht beschreibbaren Anschauungsgefühl sollte nur eine ergänzende und aushilfsweise Mitwirkung — jedoch mit Bewufstsein und der ausdrücklichen Erwähnung desselben als „Eindruck" — bei der Urteilsfassung und Begründung eingeräumt werden.

Es wird daher Aufgabe der Parteiredner sein, dem „Gesamteindruck" auch vor Geschworenen soviel wie möglich Einflufs auf die Urteilsbildung zu entziehen und durch Klarstellung der Beweisgründe ihr Verstandesdenken zu nötigen, sich anzustrengen und besonders der „Logik der Thatsachen" durch Anwendung ihres gesunden Menschenverstandes zu folgen**).

§ 51.

2. Beweismittel des logischen Beweises.

Die Wahrheit eines Beweissatzes wird durch bewufste und beabsichtigte geistige Verarbeitung der empirischen Erkenntnis nach den Gesetzen des Denkens festgestellt, indem bewufstvolle Vorstellungen in der Form von Subjekt und Prädikat gegenüber gestellt und mit einander verknüpft werden. Die in Raum und Zeit bestehenden Gegenstände in

*) Mit Recht bemerkt daher Gerau im Archiv des Kriminalrechts, 1854, S. 278: „Der Totaleindruck ist nichts anderes als der Eindruck aller einzelnen Erkenntnisgründe und Beweise, in deren Zusammenstellung." Als im J. 1790 in Frankreich die intime conviction an die Stelle der gesetzlichen Beweisregeln im Strafprozefs getreten war, bildete sie die einzige Grundlage des richterlichen Urteils; auch im und seit dem Code d'instruct. crim. art. 312 ging die Anweisung an die Geschworenen dahin, der conscience und intime conviction zu folgen, bis Hélie, traité de l' instruct. crim. V. p. 381—431 betonte, dafs die conviction intime nicht instinctive, sondern raisonnée sein müsse.

**) Verf. wiederholt hier das von ihm bereits 1860 in Goltdammers Archiv a. a. O. S. 468 Ausgesprochene: „Je klarer ein Richter von

ihrer Wechselwirkung sind von zahllosen Ursachen und Bedingungen abhängig; sie bilden die substantia, *οὐσία ἡ πρώτη καὶ μάλιστα λεγομένη* bei Aristoteles, von der wir unsere sinnliche Wahrnehmung unmittelbar schöpfen, während von allen anderen Gegenständen unsere Wahrnehmung nur eine vermittelte ist. Von der Individualvorstellung gelangen wir zur Allgemeinvorstellung, zu Begriffen (empirischen und rationalen), wovon jeder ein bestimmtes Denkfach, eine logische Gattung, bildet. Hierin liegt die ordnende Bedeutung der Begriffe, in denen die Verallgemeinerung und die Besonderheit hervortritt, wodurch das System im Denken, d. i. die Unterordnung von zwei oder mehreren Begriffen unter einen höheren, weil inhaltsreicheren oder weiteren, Begriff begründet wird*). Auf der systematischen Gedankenverbindung beruht die Schlufsfolgerung. Die logischen Schlufsfolgerungen

Haus aus ist, jemehr er daran gewöhnt und darin geübt ist, bei der fortschreitenden Beweisentfaltung den hervorstechenden Zügen zu lauschen und ihre Bedeutung für die Urteilsfällung gleich zu würdigen, sie dann durch die Beweisverhandlung mit neuen oder anderen Beweisgründen zu vergleichen, das ganze Sachverhältnis nach seinem Erfahrungswissen zu prüfen, und so mit der Kritik der einzelnen Gründe am Schlufs der Verhandlung zu einem synthetischen Urteil gelangt, desto weniger wird der Gesamteindruck nötig sein, um ihm Entschiedenheit seiner Beurteilung zu verschaffen. Allein der hierin nicht geübte Geschworene giebt sich meistens dem Lauf der Verhandlung hin und kommt nicht zum Bewufstsein der Gründe, welche ein bestimmtes Urteil bedingen; er hat am Schlufs der Verhandlung sehr oft gar keinen entschiedenen Eindruck mit in das Beratungszimmer genommen, oder aber er bringt einen einseitigen, oder im günstigen Falle auch den richtigen mit. . . . Die meisten Geschworenen urteilen nach dem Gesamteindruck und erst in dem Beratungszimmer, wenn das Glück einen tüchtigen, der Sache gewachsenen Obmann ausgespielt hat, der jenen Eindruck analysieren und die einzelnen Beweisgründe scharf hervorheben und den Geschworenen in das Bewufstsein bringen kann, ist die Möglichkeit gegeben, einen Teil jenes Eindrucks in Überzeugung zu verwandeln."

*) Unser Denken kann nur seine der logischen Natur entsprechende Ausbildung erhalten, wenn Regeln gebildet werden zur Anwendung auf untergeordnete Fälle und planmäfsig und methodisch die Gedankenentwicklung geordnet wird; Ordnung und Vollständigkeit, Klarheit und Deutlichkeit, Gewifsheit und Gründlichkeit in der Gedankenverbindung sind die Attribute des logischen Ideals und das Ganze einer solchen Gedankenverbindung ist das „System", ihre Formen sind: Einteilung, Erklärung und Beweisführung.

sind die Beweismittel des sogen. logischen Beweises*); ihre Ergebnisse sind die sogen. Argumente für die Aufrechterhaltung oder Widerlegung eines Beweissatzes. Ihre Beweiskraft hängt von ihrer Wahrheit und von ihrem inneren Zusammenhang mit dem Beweissatz ab, dessen Wahrheit erst durch Schlufsfolgerung aus historischen Beweisgründen abgeleitet wird, deren Bewiesenheit jedoch notwendige Voraussetzung ist, wenn nicht der Schlufs auf einer sogen. petitio principii ruhen soll, die ihm den Boden entzieht. Gleichgiltig ist es, ob zu den Schlufsfolgerungen besondere Sach- und Fachkenntnisse für die Feststellung des Vorder- oder Untersatzes notwendig sind, wie bei dem Sachverständigenbeweis und der Schriftenvergleichung, oder ob jene nur auf Grund der Erfahrung und nach den Gesetzen der Logik erfolgen, sofern jene nur diesen letzteren entsprechend und richtig sind. Im Vergleich zu der empirischen (historischen) Beweisführung gestaltet sich die logische dahin, dafs etwas in dem Zusammenhang unserer Gedanken nicht anders folgerichtig vorgestellt werden kann. Darauf richtet sich die sogen. „Demonstration“, welche eine erfahrungsmäfsige Beweisführung ist, wenn sie von thatsächlichen, gewissen Prämissen ausgeht, oder eine rationale, wenn die Prämissen den Charakter vernunftnotwendiger Geltung haben.

1. Unsere Urteile des Erkennens, Empfindens und wesenverständnisvollen Denkens entstehen, wie schon bei den ersten bewufsten Wahrnehmungen durch Sehen und Hören, durch das Entgegensetzen (laut und still, Licht und Dunkel); daraus entstehen weiter die Unterscheidungen von Kennzeichen und Merkmalen des Individuellen, der Einzelarten in der Gattung, des Besonderen vom Allgemeinen. Subjekt und Prädikat werden unterschieden, durch letzteres kommen die Merkmale des Individuums (Prädikabilien) zum Bewufstsein und zwar wesentliche und aufserwesentliche. Die Verallge-

*) v. Canstein a. a. O. S. 31, dessen Ausführungen hier mehrfach benutzt werden.

meinerung im Urteil führt zu den abstrakten Vorstellungen, welche auf konkrete Erscheinungen übertragen werden, indem man von diesen und ihren Merkmalen ausgeht und durch Vergleichungen dieser mit den in der abstrakten Vorstellung ruhenden zu einem Urteil der Beziehungen gelangt, der Übereinstimmung oder des Gegenteils, der Ähnlichkeit oder Unähnlichkeit, der Unterordnung oder Ausscheidung*). Die Begriffe bilden sich wesentlich durch die Gegenüberstellungen als Mittel der Vergleichung, Unterordnung oder Unterscheidung; ihre Entwickelung geschieht entweder analytisch (regressiv) durch Zergliederung aus dem wahrgenommenen Inhalt, oder synthetisch durch Entlehnung neuer Vorstellungen aus den bereits in das Bewufstsein aufgenommenen Begriffen und Verbindung jener mit diesen (progressiv)**). Die beiden Weisen des logischen Gegensatzes sind das kontradiktorische Gegenteil, wobei einem Gegenstand, der unter eine relative Grundbestimmung fällt, das eine („flüssig") zugesprochen, das andere

*) Ernst Reinhold, System der Metaphysik, 3. Aufl. (1854) §§ 1—6 über die allgemeine Urteilsform. Daran hat Carl Reinhold (Landgerichtsdirektor a. D. zu Weimar) a. a. O. S. 179 ff. rücksichtlich des Beweises verneinender Sätze bemerkenswerte Ausführungen geknüpft. Die allgemeine Urteilsform, woran das bewufstvolle Vorstellen gebunden ist, besteht darin, dafs einem Gegenstand ein Merkmal prädiziert wird, welches wir unter einer, mit gröfserer oder geringerer Klarheit an dem Gegenstand anerkannten, „relativen Grundbestimmung" einem oder mehreren anderen Merkmalen entgegensetzen; z. B. bei Beilegung der Eigenschaft der Flüssigkeit wird die Kohäsionsform des Körpers anerkannt, unterhalb dieser Grundbestimmung der starre und der flüssige Zustand als Hauptweisen dieser Form einander entgegengesetzt und die letztere nun prädiziert. Der Differenz gemäfs zeigt sich in jedem Merkmal anderen Merkmalen gegenüber eine hervorhebende Beziehung und eine verschiedene Weise, wie die gemeinschaftliche Beziehung als eine relative Grundbestimmung der in den Merkmalen ausgedrückten Bestimmungen sich offenbart.

**) Seine Bedeutung besitzt der Begriff immer nur im Urteile und in Beziehung auf ein Subjekt als Prädikabile; er ist das im Urteile entstandene und im Urteilen angewandte Prädikat und eine abstrakte Vorstellung; E. Reinhold a. a. O. S. 24 ff. Jedes Urteil ist eine Satzaussage, dafs einem Gegenstand (Subjekt im Satze) ein Begriff (Prädikat) zukomme oder nicht (Kopula), also eine Aussage über Verbindung oder Trennung von Begriffen.

(„starr“) aber abgesprochen wird*) und der konträre Gegensatz, wobei mehrere als zwei mögliche Weisen gedacht werden, in welchen die Grundbestimmung sich offenbart, z. B. verschiedene Himmelsgegenden, wo nach Absprechung der einen Weise an dem Gegenstande, an dem die relative Grundbestimmung anerkannt wird, doch noch eine von den übrigen, aber unbestimmt welche, ihm verbleibt; so auch bei der Verneinung eines Ereignisses, welcher gegenüber noch verschiedene Möglichkeiten bleiben. Durch und aus dem logischen Gegensatz treten die Verhältnisse der Zusammengehörigkeit, der gegenseitigen Ergänzung zur Einheit („innerlich und äufserlich“ an einem Einzelwesen, „geistig und leiblich“ am Menschen), der Selbständigkeit und Abhängigkeit und aller möglichen Beziehungen ins Bewufstsein.

a. Die Formen der Urteile werden nach den aus dem Mittelalter überkommenen Benennungen: Qualität, Modalität, Relation, Quantität eingeteilt, und mittels innerhalb dieser Rubriken vorgenommener Änderungen am Subjekt oder Prädikat, oder an beiden, kann aus einem Urteil (im Gegensatz zu einem Begriff) ein neues Urteil abgeleitet werden und zwar, wie bei der analytischen oder synthetischen Ableitung eines Urteils aus einem Begriffe, nach der Identität oder kontradiktorischen Disjunktion, welches als unmittelbares in der logischen Beweisführung neben einem anderen Urteil zur mittelbaren Schlufsfolgerung verwendet werden kann.

α. Der Qualität nach werden Subjekt und Prädikat geändert; kein Prädikabile kann einem Subjekt beigelegt werden, wenn nicht die Grundbestimmung, unterhalb welcher jenes einem anderen oder mehreren anderen entgegengesetzt ist, an dem Subjekt anerkannt ist. Die Beilegung des Prädikates

*) Die relative Grundbestimmung für die Prädikate: „minderjährig“ und „volljährig“ ist das menschliche Alter, welche sich in dessen beiden Hauptstufen darstellt; ähnlich bei bona und mala fides, Solvenz und Insolvenz u. s. w. In der Absprechung eines Prädikates liegt mittelbar die Beilegung eines anderen und daher kommt es, dafs bei einem Streit beide Teile formell bejahen, der eine auf direktem Wege prädiziert eine Eigenschaft, der andere spricht eine dieser entgegengesetzte aber einem Subjekte ab — bei gleichartigen Gegensätzen.

durch die Kopula kann zusprechend (unmittelbar) oder eine Bestimmung, welche der beizulegenden entgegengesetzt ist, absprechend (mittelbar) erfolgen, jenes durch ein bejahendes, dieses durch ein verneinendes Urteil (Affirmation und Negation, Verbindung und Trennung der Begriffe)*). Ein drittes, das sogen. unendliche (wegen der Möglichkeit unendlich vieler Prädikate aufserhalb des ausgeschlossenen so genannt) oder „limitierte“, ein die Sphäre eines Prädikates beschränkendes Urteil, giebt es nicht.

Durch die Änderung der Qualität in der sogen. Opposition wird aus der Wahrheit eines Urteils die Unwahrheit ihres kontradiktorischen Gegenteils und umgekehrt, abgeleitet und aus der Wahrheit eines Urteils auch die Unwahrheit des konträren Gegensatzes, aber nicht umgekehrt**).

β) Der Modalität nach werden Subjekt und Prädikat geändert; hierbei wird entweder das Urteil durch die Beziehung des Prädikabile auf den zu subjektivierenden Gegenstand vorbereitet oder die Frage entschieden oder annäherungsweise beantwortet. Das Urteil ist apodiktisch, wenn es mit der begründeten Einsicht in die Notwendigkeit seines Inhalts gefällt wird (Gewifsheit), wohin auch das analytische Urteil gehört; es ist assertorisch, einfach behauptend, wenn ihm nur eine thatsächliche Gewifsheit angehört (Wahrheit), und unbestimmt (problematisch), wenn es in der Form: „vielleicht“, „entweder“, „oder“ erscheint (Wahrscheinlichkeit); das letztere ist ein innerhalb bestimmter Grenzen, insoweit noch nicht fertiges, als von mehreren, unter die relative Grundbestimmung fallenden Prädikaten, das eine oder das andere dem Subjekte

*) Die Negation kann in eine bestimmte Affirmation verwandelt werden, worauf die Möglichkeit eines direkten Gegenbeweises beruht, z. B. anstatt Leugnung einer Deliktsbegehung wird vielmehr gleich angegeben, was in der kritischen Zeit anderes gethan worden ist. „Die Affirmation drückt hier in ganz bestimmter Weise dieselbe Thatsache aus, welche zuvor in etwas unbestimmter Weise negativ ausgedrückt war“; hierbei wird aus dem Beweis der anderen Thatsache auf die Existenz der negativen geschlossen — auf indirektem Wege, z. B. durch aufsergerichtliches Geständnis. Die Behauptung, verneinende Sätze bedürften keines Beweises, ist daher zu verwerfen.

**) Die Übereinstimmung des Sinnes zweier kontradiktorisch entgegengesetzter Urteile mit verschiedener Qualität ist die s. g. Äquipollenz.

beizulegen sei. Aus der s. g. modalen Konsequenz ergiebt sich, dafs das apodiktische Urteil auch die beiden letzteren umfafst, aber nicht umgekehrt, dafs dasjenige, was nicht apodiktisch wahr zu machen ist, nicht auch bewiesen oder wahrscheinlich gemacht werden könne.

γ) Der Quantität nach (Allgemeinheit und Partikularität) werden Subjekt und Prädikat geändert; im abstrakten Urteil ist das Subjekt ein logischer Begriff, im konkreten etwas Konkretes. Das Begriffsurteil ist entweder universell, wenn es sein Prädikat von der ganzen Sphäre des Subjekts ausspricht („alle, jeder — keine, niemand, nichts"), oder es ist partikulär, wenn es den unbestimmten Teil einer Begriffssphäre durch Beilegung des Prädikates begrenzt, z. B. einige Pflichten (Rechtspflichten) sind erzwingbar; in jenen liegt die hypothetische Bedeutung, z. B. in dem Urteil: alles Rechtmäfsige ist unanfechtbar, liegt das Urteil: wenn etwas rechtmäfsig ist, kann es nicht angefochten werden. Durch die s. g. Subalternation oder Änderung in der Quantität wird aus der Wahrheit des allgemeinen Urteils die des partikulären und aus der Unwahrheit dieses die des allgemeinen Urteils, aber nicht umgekehrt, abgeleitet.

δ) Der Relation nach (Stellung des Subjekts als Prädikat und des Prädikats als Subjekt) wird eine Änderung bewirkt. Hier ergiebt sich bei der s. g. Konversion der Urteilsglieder aus der Wahrheit eines allgemein bejahenden nur die Wahrheit des partikulär bejahenden mit umgekehrter Gliederstellung, aus der Wahrheit des allgemein verneinenden Urteils die desgleichen Urteils mit umgekehrter Gliederstellung, sowie aus dem partikulär bejahenden oder verneinenden Urteil das partikulär bejahende oder verneinende Urteil mit umgekehrter Gliederstellung; bei der s. g. Kontraposition oder der Änderung der Stellung der Glieder auch rücksichtlich der Qualität (unter α) folgt aus der Wahrheit des allgemein bejahenden Urteils die des allgemein verneinenden mit umgekehrter Gliederstellung, als der Wahrheit des letzteren die des partikulären bejahenden mit um-

gekehrter Gliederstellung, aus der Wahrheit dieses (oder eines verneinenden) die des partikulär verneinenden (oder bejahenden) mit umgekehrter Gliederstellung.

Kategorisch (unbedingt) ist das Urteil, wenn das Prädikat geradezu (bejahend oder verneinend) dem Subjekte beigelegt wird, hypothetisch (bedingt), wenn die Beilegung eines Prädikates von einer Voraussetzung abhängig ist; darin ist ein antecedens und ein consequens vorhanden, aber es findet nur die Behauptung der Abhängigkeit des Nachsatzes vom Vordersatz statt und das hypothetische Urteil dient nur zur Vorbereitung eines Schlufssatzes, während das kategorische Urteil seine letzte Bedeutung in sich trägt. Unter diese Rubrik der Relation gehört auch die Einteilung in einfaches und zusammengesetztes Urteil; letzteres ist konjunktiv, indem es die im Begriff vereinigten Bestandteile entwickelt, oder es ist disjunktiv (divisiv), indem es die unter einem Gattungsbegriff enthaltenen Artbegriffe zusammenstellt, in der Form: „entweder“ — „oder“ *). — Die Urteile, welche in den vorstehenden Absätzen aufgeführt sind, kommen in den Schlüfsen (Syllogismen) als Prämissen zur Verwendung, indem aus ihnen der Schlufssatz abgeleitet wird; die Prämissen sind dann nach vorstehenden Rubriken: α) bejahende oder verneinende, β) apodiktische, assertorische, problematische, γ) allgemeine oder partikuläre, δ) kategorische oder hypothetische (bez. disjunktive). Hiernach werden auch die Schlüsse bezeichnet, von denen nach der Relation der Prämissen die kategorischen Schlüsse, worin beide Prämissen kategorische Urteile sind, von den hypothetischen, worin beide Prämissen bedingte Urteile sind, unterschieden werden; auch findet eine Zusammensetzung beider statt, wenn eine Prämisse hypothetisch und die andere kategorisch ist, im gemischten oder hypothetisch-kategorischen Schlufs. Davon noch einiges bei den Schlüfsen.

*) Die Umwandlung der Relation, des kategorischen Urteils in ein hypothetisches und umgekehrt hat für den Beweis weniger Bedeutung.

2. Die im Vorstehenden angeführten unmittelbaren Schlüsse, als Ableitungen aus Begriffen und Urteilen der Übereinstimmung oder Abweichung, finden neben anderen zur mittelbaren Schlufsfolgerung Verwendung. Die mittelbaren Schlüsse enthalten aber Ableitungen aus zwei oder mehreren Urteilen und bilden die eigentlichen Beweismittel des logischen Beweises. Der Schlufs ist eine mittelbare Folgerung und Begründung und zwar vom Besonderen auf das Allgemeine durch s. g. Induktion und umgekehrt von dem Allgemeinen auf das Besondere durch Deduktion oder s. g. Syllogismus, und in der Aneinanderreihung beider der Schlufs auf ein nebengeordnetes Besondere von dem Besonderen durch s. g. Analogie.

a. Der Schluss (συλλογίσμος, ratiocinatio) besteht aus den Prämissen, nämlich aus dem Grundurteil oder Obersatz — propositio major — und dem Untersatz (Unterurteil) — propositio minor — und dem daraus gefolgerten Schlufssatz oder Schlufsurteil (Beweissatz) — conclusio — und ist als „Syllogismus" ein Schlufs vom Allgemeinen auf das Besondere und zwar ein „einfacher", wenn er nur aus zwei, ein „zusammengesetzter", wenn er aus mehr als zwei Prämissen besteht. Seine Bedeutung besteht darin, dafs dadurch der Grund eines Urteils zum Bewufstsein gebracht wird, d. i. dasjenige in der grammatischen Form des „Weil" ausgedrückt werde, was im Obersatz in die Form des „Wenn" gebracht worden; also „Wenn" in „Weil" verwandeln heifst „schliessen". Wahr aber kann der Schlufssatz eines Syllogismus nur sein, wenn die Urteile, aus denen er abgeleitet wird, auch wahr sind.

Man nahm an, dafs im Schlufs das Subjekt der engere Begriff, im Prädikat der weitere enthalten sei und die im Schlufs enthaltene Frage um das Verhältnis des ersteren zum letzteren durch Zuhilfenahme eines beide verbindenden Mittelbegriffes (nicht Synonymum) zu lösen sei, indem man sich dessen Verhältnis zu jenem und diesem zum Bewufstsein bringe. Er ist der Erkenntnisgrund der Wahr-

heit des Schlufssatzes (Beweissatzes) und von seinem Grade der (unmittelbaren oder mittelbaren) Feststellung hängt die Vollkommenheit des Schlusses ab, unter unbedingter oder bedingter Ausschliefsung des Gegenteils*). Die Bündigkeit eines Schlusses hängt davon ab, dafs im Syllogismus nur drei Glieder (termini) vorkommen.

Eine „Schlufskette" ist eine Verbindung mehrerer Syllogismen mit einander in der Weise, dafs aus dem Schlufssatz des vorhergehenden eine Prämisse des folgenden gemacht wird, wobei die Glieder des Schlusses vollständig ausgedrückt werden; diese Kette kann progressiv (synthetisch) gezogen werden, wenn vom Grunde auf die Folge geschlossen wird (in der Form: „folglich", „mithin", „also"), d. h. der „Prosyllogismus" ist aus jenem abgeleitet, oder die Kette wird regressiv (analytisch) gezogen, wenn rückwärts von der Folge auf den Grund geschlossen wird (in der Form: „weil", „denn"), d. h. die Folge im Episyllogismus wird aus der Konklusion des Prosyllogismus abgeleitet. Werden aber in einer Schlufskette die Prämissen nicht ausgedrückt und wird nur die Schlufsfolge hervorgehoben, so ist jene „enthymematisch" und der Schlufs heifst Enthymema; werden aber die einzelnen Schlufssätze der einzelnen einen progressiven Schlufs bildenden Schlufssätze zur Abkürzung weggelassen und nur die Prämissen ausgedrückt, so liegt ein

*) So z. B.: Wenn jemand vorsätzlich handelt und mit dem Eintritt eines daraus voraussehbar eintretenden Erfolges einverstanden ist, so ist auch dieser ein vorsätzlicher; A. hat ein solches Einverständnis bei der fr. Handlung zugestanden, mithin ist der daraus hervorgegangene Erfolg ihm zum Vorsatz zuzurechnen. Hier ist der Mittelbegriff und Erkenntnis- bez. Beweisgrund für den Vorsatz auch für den eingetretenen Erfolg das Einverständnis mit dessen Eintritt. Liegt gegen das Geständnis jenes Einverständnisses ein Bedenken nicht vor, so ist der Mittelbegriff festgestellt und wahr und der Schlufssatz wahr — aber auch richtig, der Schlufs vollkommen. Die Möglichkeit eines deduktorischen Schlusses oder Syllogismus ergiebt sich, wenn der neu eingeführte Terminus in Verwandtschaft mit der Begriffssphäre steht, in welcher einer der beiden anderen oder beider Termini (Glieder) des Urteils liegen. Auf dem Mittelbegriff (term. medius), durch welchen geschlossen wird, beruht die Möglichkeit des Schlusses; auf ihm beruht die Beweiskraft des Syllogismus.

„Kettenschlufs„ oder „Sorites“ vor (Zusammenziehung mehrerer Syllogismen).

Das Grundurteil läfst sich teils in der zuerst von uns vorgestellten Weise, teils in der von dieser abgeleiteten „Kontraposition“ fassen.

Kategorische Schlüsse stehen unter folgenden Regeln:

Was dem Allgemeinen zukommt, bez. widerspricht, kommt bez. widerspricht auch dem untergeordneten Besonderen.

Sind beide Prämissen apodiktisch, assertorisch oder problematisch, bez. bejahend, so ist es auch der Schlufssatz.

Sind beide Prämissen allgemein, so kann der Schlufssatz dies oder partikulär sein (dies zumal, wenn der Mittelbegriff Subjekt ist); sind beide partikulär oder verneinend, dann ist ein Schlufs nicht möglich.

Ist eine Prämisse partikulär, assertorisch oder problematisch, bez. verneinend, so ist es auch der Schlufssatz.

Für hypothetisch-kategorische Schlüsse gelten folgende Regeln:

Der Schlufs kann nach dem modus ponens erfolgen, indem der Untersatz unter das antecedens des Obersatzes und der Schlufssatz unter das consequens des letzteren gestellt wird, d. h. mit der Bejahung der Bedingung des Grundes ist auch das Bedingte bejaht; der Schlufssatz ist bejahend oder verneinend, wenn es das Bedingte ist.

Der Schlufs kann nach dem modus tollens erfolgen, indem im Untersatz das Gegenteil von dem consequens des Obersatzes und demzufolge im Schlufsurteil das Gegenteil von dem antecedens des Obersatzes behauptet wird, d. i. mit der Verneinung der Bedingung ist auch das Bedingte verneint, der Schlufssatz ist verneinend, wenn das Bedingte bejahend war, der Schlufssatz ist bejahend, wenn das Bedingte verneinend war. Partikularität des Ober- und Untersatzes begründet auch die des Schlufssatzes, dsgl. wenn eine der Prämissen assertorisch oder problematisch ist, wird dies auch der Schlufssatz.

Wenn der Obersatz als ein zusammengesetztes Urteil

und zwar als hypothetisch-disjunktives („entweder" — „oder") erscheint und dabei modo tollente gefolgert wird, so entsteht das „Dilemma" *), welches auf indirekte Induktion zurückführt.

Die hypothetisch-kategorischen bez. disjunktiv-kategorischen Schlüsse (modo tollente) dienen zur indirekten Beweisführung, besonders negativer Thatsachenbehauptungen, indem im Obersatz alle nahe liegenden, die Wahrheit des Beweissatzes ausschliefsenden Möglichkeiten des Gegenteils aufgezählt, im Untersatz diese Fälle direkt oder durch Darlegung der Unwahrheit ihrer Konsequenzen (argumentum ad absurdum) als nicht zutreffend bewiesen werden, worauf durch Opposition die Wahrheit des Beweissatzes geschlossen wird **). Das ist der s. g. indirekte oder apagogische Beweis im Gegensatz zu dem durch Syllogismen, Induktion und Analogie direkt geführten.

b. Während der vorbesprochene „Deduktionsschluss" darin besteht, dafs eine in unserm Bewufstsein ruhende, empirische oder rationelle, Regel vermöge eines Beziehungsurteils auf untergeordnete Fälle angewendet wird, besteht der „Induktionsschluss" darin, dafs aus der Beobachtung einzelner Fälle eine „spezifische" Regel und aus der der Arten eine „gemischte" abgeleitet wird und zwar durch Verbindung einzelner für sich unvollständiger Schlüsse, von denen jeder nur einen Beitrag zum Ganzen liefert. „Induktion" nennt man den Schlufs vom Besonderen auf das Allgemeine, vom Teil auf das Ganze, sie liefert aber, während bei dem Syllogismus die Folgerung notwendig ist und vollen Beweis er-

*) Z. B.: ein Schaden wird entweder durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit oder durch Zufall herbeigeführt — wenn er weder durch jenen noch durch diese herbeigeführt worden, so ist er es durch Zufall — nun ist der vorliegende Schaden weder durch Vorsatz noch durch Fahrlässigkeit herbeigeführt worden, also ist er es durch Zufall. Hieran schliefst sich dann die Rechtsfolgerung für die Schadenstragung.

**) So z. B. für das Nichtbestehen eines Pfandrechts kann der Beweis so geführt werden: es besteht oder besteht nicht; wenn es bestände, so müfste es entstanden sein, entweder — oder (inser. die Entstehungsgründe); da aber weder der, noch der andere, noch der dritte (wie bewiesen) vorhanden ist, so folgt hieraus, dafs das fr. Pfandrecht nicht besteht. Vergl. v. Canstein a. a. O. S. 41 u. 42 in den Anmerkungen.

bringt, nur problematische Urteile und Wahrscheinlichkeit*). Während in der Naturwissenschaft oft ein einziges Experiment beweiskräftig genug für die Aufstellung eines Regelsatzes ist und einen sicheren Schlufs ergiebt, ist das in menschlichen Dingen nicht der Fall, indem hier den für das Endergebnis mafsgebenden Faktoren eine Ungewifsheit beiwohnt, welche zwingt, eine gröfsere Menge von Beziehungen zu einander zu sammeln, um zu einer Wahrscheinlichkeit einer Annahme zu gelangen. Die Erfahrung mufs hier überall aushelfen, um den Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen und Besonderheiten zum Ganzen und der Allgemeinheit zu erklären und darzustellen, zwischen dem Subjekt und dem Prädikat**).

Wo ein Beweis durch Schlüsse aus sachlichen oder persönlichen Beziehungen geführt wird, ist es ein Induktionsbeweis, sofern alle sich in dem Beweissatz erklärbar und sich gegenseitig ergänzend zusammenfinden***). Nur aus

*) Von der rationellen Induktion reden wir hier nicht; ihrer bedient sich die Mathematik in einzelnen Fällen und zwar in der Bedeutung, dafs für die denkende Anschauung die Anzahl der näheren Bestimmungen nachgewiesen wird, unter denen ein allgemeineres Gröfsenverhältnis sich geltend macht. Für uns kommt nur die empirische Induktion in Frage, welche es mit der Urteilsfrage zu thun hat, ob ein Merkmal, sei es eine Eigenschaft, ein Zustand, ein Verhältnis regelmäfsig einer bestimmten Klasse von Gegenständen zukommt. Die induktorische Untersuchung wird so lange fortgesetzt, bis sich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das anzunehmende Ergebnis herausstellt.

**) Induktionsbeweis findet bei der Ableitung der Wahrheit des Beweissatzes aus Stichproben, z. B. bei Prüfung der ordnungsmäfsigen Führung der Handelsbücher, statt; desgl. bei chemischen Produkten, Beschaffenheit einer Gütermenge, eines Grundstückes durch Feststellung der Beschaffenheit einzelner Teile des Ganzen, selbst aller (vollständige Induktion). Empfohlen wird als System der deduktiven und induktiven Logik: Eine Darlegung der Grundsätze der Beweislehre u. s. w. von J. Stuart Mill, deutsch von Th. Gomperz, II. Aufl., 1884 u. 1885.

***) Cicero de invent. I. 31: Inductio est oratio, quae rebus non dubiis captat assensionem ejus, quicum instituta est: quibus assensionibus facit, ut illi dubia quaedam res, propter similitudinem earum rerum, quibus assensit, probetur. Dahin gehören jene allgemeine Beweisquellen (loci argumentorum), wie Eigenschaften, Verhältnisse, Gewohnheiten einer Person, Eigentümlichkeiten gewisser Sachen, Erscheinungen. Cicero's Rede für Milo enthält im ersten Teil eine

der Gesamtheit der einzelnen Umstände von gewisser Beziehung als Ergebnis kann der Induktionsbeweis sich herstellen und seine Beweiskraft besteht teils in der Menge, teils und hauptsächlich in dem Zusammenstimmen und Zusammenwirken der Umstände und Schlüsse unter sich und mit dem Beweissatze, dessen Wahrscheinlichkeit dadurch zu einer so erhöhten werden kann, dafs man dem Gedanken, die Sache könne sich anders verhalten, entrückt wird und annähernd (eine Instanz gegen die aufgestellte Regel vorbehalten) zur Überzeugung gelangt.

Daraus ergiebt sich leicht, dafs für den Beweis in Rechtssachen, besonders für innere Thatsachen, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Absichten und Zwecke, Beweggründe u. dgl. der Induktionsbeweis oft der einzig mögliche ist, indem Vermutungen sich durch Induktionen bilden und der Indizienbeweis lediglich ein Beweis durch Induktion ist. Er schöpft seine Mittel, wie gesagt, aus der Erfahrung, der Kenntnis der Menschennatur, der Beobachtung aller menschlichen Lebens- und Verkehrsbeziehungen und den Ergebnissen einer geübten Auffassung und Unterscheidung*).

c. Die Analogie ist der Schlufs vom Besonderen oder Einzelnen auf ein nebengeordnetes Besondere oder Einzelne, wo das, von dem geschlossen wird, zu dem, auf welches geschlossen wird, in etwas entfernterer Beziehung steht, und zwar, indem erst ein Induktionsschlufs und dann ein Syllogismus gebraucht wird. Es mufs zwischen dem zu erschliefsenden und dem erschlossenen Besonderen oder Einzelnen etwas sie zu einer höheren Einheit Verbindendes (Gleichartigkeit) bestehen („gleiche Ursachen, gleiche Wir-

solche Zusammenstellung in künstlicher Ausarbeitung, welche einen glänzenden Induktionsbeweis bildet. Meister in der Anwendung der Induktion war Socrates und Fr. Baco von Verulam hat ihr in der Naturwissenschaft zum Siege verholfen.

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 102—104. Whately-Hildebrand a. a. O. S. 24. Das induktorische Verfahren stützt sich „auf die allgemeine Anerkennung, dafs die Natur mit einer Regelmäfsigkeit wirkt, nach welcher sie in ihren Gattungen und Arten das generisch und spezifisch Gleiche verwirklicht und unter den gleichen Bedingungen die nämlichen Erfolge hervorbringt“; E. Reinhold a. a. O. §. 15.

kungen“). Der Ausdruck „gleiche Schlufsfolgerung“ bezieht sich meist auf die Analogie. Bei diesem Schlusse aus dem Verhältnis (ex pari ad par, ex majore ad minus, ex minore ad majus) oder aus dem Beispiel und aus einer augenfälligen Ähnlichkeit kommt alles auf die Richtigkeit der Vergleichung an, welche in der Übereinstimmung der wesentlichsten Merkmale beruht. Der Beweis durch Schriftenvergleichung stützt sich auf die bis zur Gleichheit heranreichende Ähnlichkeit der Schriftprobe und des zu erprobenden Schriftstückes. Eine Abschwächung der Gleichheit aus dem Mangel des einen oder anderen Merkmals ist die Ähnlichkeit und aus einer Mehrheit von Ähnlichkeiten, welche zusammengefafst und verglichen werden, gelangt man zur Induktion, der also der Schlufs aus der Analogie oftmals dienstbar wird. Diese sollte von direkter Ähnlichkeit mehr als geschieht unterschieden werden*), denn die Analogie ist nur Verhältnisähnlichkeit, indem nur dasjenige ein Argument daraus ist, worin das, von dem man schliefst, und das, worauf geschlossen wird, sich selbst nicht gleich oder ähnlich ist, sondern nur in einem gleichen („identischen“) oder ähnlichen Verhältnis zu einem anderen steht; ihre Verbindung unter diesem Verhältnis als gemeinsames pflegt ein Gattungsbegriff zu sein. Daraus aber, dafs zwei Dinge, deren Beziehungen zu anderen Dingen feststeht, diesen ähnlich sind, darf man nicht schliefsen, dafs sie selbst sich ähnlich seien, und weiter darf die Analogie nicht auf mehr Einzelheiten erstreckt werden, als der Fall selbst bietet, denn selbst unbedeutende Unterschiede vermögen die Analogie oder das Argument daraus aufzuheben. Das gilt namentlich von der Anwendbarkeit aller anerkannten Autoritätssprüche, Erkenntnisse, Präzedenzfälle für etwa parallele Fälle; andererseits können zwischen diesen Unterschiede nachgewiesen werden, welche der Analogie gar keinen Eintrag thun. Eine richtige Abschätzung des Grades und der Art des Unter-

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 26 ff.

schiedes zwischen den Parallelen vermag vor der zweifachen Gefahr zu bewahren: einmal durch scheinbar plausibele Argumente jener Art, die keine Beweiskraft haben, sich irreführen, dann aber vollgiltige autoritative Beispiele, Aussprüche oder Vorschriften durch Einwürfe des Unterschiedes in den Parallelen sich entziehen zu lassen*).

Für die Argumentation aus Rechts- und Gesetzesanalogie gelten die von der Rechtswissenschaft aufgestellten Sätze, welche hier nicht weiter in Betracht zu ziehen sind, da hier von den logischen Beweismitteln zum Beweise vorzugsweise von Thatsachenbehauptungen zu reden war.

§ 52.

3. Der Indizienbeweis.

Mit der Einführung der freien Thatsachen- und Beweiswürdigung hat der Indizienbeweis zuerst in dem reformierten Strafprozefs seit 1848 und dann auch in dem bürgerlichen Rechtsverfahren des Deutschen Reiches seit 1879 seine volle Bedeutung erhalten**). Er bildet eine besondere und die Hauptart des logischen Beweises, in welcher alle drei mittelbaren Beweismittel unter 2. des vorigen Paragraphen neben einander ihre Verwendung finden können, vorzugsweise der Syllogismus und die Induktion, seltener und im Dienste der letzteren die Argumentation aus der Analogie. Seine praktische Bedeutung und sein Übergewicht vor dem empi-

*) „Daher pflegt der Gegner, wie Aristoteles bemerkt, sobald er nicht die Mehrzahl der Beispiele für sich hat, oder nicht nachweisen kann, dafs die von der anderen Seite angeführten unanwendbar sind, mindestens zu behaupten, dafs sie in irgend einem Punkte von dem in Rede stehenden Falle abweichen;" s. Whately-Hildebrand a. a. O. S. 28 ff. mehrere Beispiele.

**) Die deutsche Zivilprozefsordnung gedenkt der Indizien, was Heusler a. a. O. S. 318 rügt, mit keiner Silbe, aber anerkannt ist, dafs in § 259 der gesamte Inhalt der Verhandlungen vom Richter nach freier Überzeugung zu würdigen ist, wie bei der Urteilsfällung in Strafsachen der Beweis aus Thatsachen zu folgern ist nach § 266 der deutschen St.-P.-O. und nach §§ 258—260 der österreichischen St.-P.-O. Auf die notwendige Trennung von „Beweismittel" und „Indiz" hat Heusler a. a. O. besonders aufmerksam gemacht; gemeinschaftlich ist beiden das Ziel: die Begründung der Überzeugung.

rischen Beweise findet er da, wo es sich um die Feststellung der Wahrheit sogen. innerer Thatsachen handelt, welche meist nur durch ihn erreicht werden kann, wenn es an glaubhaften Parteierklärungen bez. einem Geständnis vor Gericht fehlt.

1. Eine Anzeige oder Anzeigung, auch wohl „Anzeichen", indicium, ist eine Hilfsthatsache, welche dazu beiträgt, eine vorläufig angenommene, ungewisse und deshalb zu beweisende Thatsache (das Angezeigte) mit anderen bekannten Thatumständen eines Vorganges in eine solche Zusammenhangsverbindung zu bringen, dafs die Wahrheit der angezeigten Thatsache als die dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge entsprechende und als allein erklärlich annehmbare erscheint*). Indizienbeweis wird daher auch Beweis durch Zusammentreffen von Nebenthatsachen (circumstantial evidence) genannt, weil Indizien nur neben und aufserhalb der That liegende Umstände sind, die in einer Mehrheit zusammentreffend einander unterstützen müssen, wenn ein Wahrscheinlichkeitsschlufs von ihnen auf die Hauptsache gestattet sein soll**). Jeweniger vermittelnde Schlufsfolgerungen notwendig sind, desto stärker ist die Beweiskraft eines Indiciums und darauf beruhen die Einteilungen in schwere und leichte, nahe und entfernte, in unmittelbare und mittelbare Anzeigungen, jenachdem aus einer solchen sofort oder erst wieder auf eine andere ein Schlufs ermöglicht wird; die althergebrachte Einteilung nach der Zeitfolge in: vorhergehende, gleichzeitige und nachfolgende hat immer noch

*) Glaser a. a. O. S. 141. Die zweifellose Übereinstimmung einer Fufsspur mit der Fufsbekleidung eines Menschen (Gleichheit der Ursache und Wirkung) zeigt an, dafs die Fufsspur von diesem gerade herrührt, weiter, dafs er an der Stelle gewesen sein mufs — Induktion vom Teil auf das Ganze.

**) Geyer a. a. O. S. 733. Bei denjenigen Anzeigungen, deren Verwendung auf Grund von Ableitungen aus allgemeinen Erfahrungen geschieht, wird der Syllogismus gebraucht, in welchem der Erfahrungssatz den Obersatz bildet, z. B. bei Tilgung von Verbrechensspuren das Bestreben, sich oder Beteiligte vor Entdeckung zu bewahren. Die einzelnen Syllogismen geben wieder Stoff zu anderen und zu Induktionen und zu einem Gesamtschlufs-Urteil.

ihre praktische Bedeutung und Berechtigung, nicht für den Beweiswert, sondern für die Anschaulichkeit der reproduzierenden Darstellung des Thatbestandes eines Rechtsfalles auch in der Beweisführung.

2. Vermutung und Indizienbeweis ist nicht gleichzustellen, wie bereits von anderer Seite überzeugend dargethan worden ist*); jene ist ein aus dem bewufsten Vorstellen eines thatsächlichen Verhältnisses „bis auf weiteres“, d. h. nicht bis zur Erbringung der Wahrscheinlichkeit des Gegenteils, sondern bis zur Anregung von Zweifeln, geschöpftes Urteil über den wahrscheinlichen Bestand eines erfahrungsmäfsigen Zusammenhanges auch in diesem Falle zwischen der anzeigenden und angezeigten Thatsache. Dieses Urteil ist ein Schlufs, in welchem Obersatz und Folgerung gegeben sind; die Generalisierung im Obersatz bringt stets die Wahrscheinlichkeit mit sich aus der Kenntnis und Prüfung der allgemeinen Erfahrung, so oft eine Thatsache unter ihn fällt; dagegen bei der Anzeigung mufs der Obersatz erst aufgesucht und präzisiert werden durch den Versuch, ob die aus der den Untersatz bildenden konkreten Thatsache abgeleitete Annahme eine Generalisierung verträgt, welche sie als mit den Denkgesetzen im Einklang stehend erscheinen läfst, wobei man sich im Grunde im Kreise dreht und die Aufstellung eines Obersatzes eine Täuschung ist. Wir haben gesehen, dafs die Vermutung, da sie fertige Wahrscheinlichkeit

*) Glaser a. a. O. S. 145 ff. Das kanonische Recht brauchte für Indizien den Ausdruck: praesumtiones. Von oberflächlichen Vermutungen, welche ohne Überlegung der Gründe gefafst werden und unbewufst aus dem Kreis der Möglichkeiten die erklärlichste herausnehmen, kann hier keine Rede sein, sondern nur von begründeten, zur Beweisführung dienlichen, welche den Kreis der Möglichkeiten so eng gezogen haben, dafs nur Alternativen übrig bleiben und durch deren Abschätzung nur schliefslich die annehmbarste als Wahrscheinlichkeit hervortritt. Vergl. § 42. „Eine Annahme wird nicht darum wahrscheinlich oder unwahrscheinlich genannt, weil wenig oder viel andere Möglichkeit ihr gegenüber stehen, sondern im Vergleich zu der Zahl der Möglichkeiten, die einer anderen Annahme entgegenstehen. Die Wahrscheinlichkeit einer Annahme ist eine Verhältniszahl zwischen den Wahrscheinlichkeiten seiner beiden Alternativen.“ Whately-Hildebrand a. a. O. S. 19.

dem Beurteiler mitbringt, ihm einstweilen Beweisersatz im vorliegenden Falle ist (§ 41), während die Anzeigung ihre „relative Grundbestimmung“ nur in der Beziehung zweier Thatsachen hat und der Feststellung erst bedarf, ehe sie zur Schlufsfolgerung benutzt werden kann, aber sich niemals ein für allemal zu einem mafsgebenden Urteilsgrund vorausbestimmen läfst, wie z. B. das Indicium von Blutflecken, der Flucht des Verdächtigen, des Besitzes von Deliktsgegenständen u. dgl.*). Es ist also davor zu warnen, dafs man ein Indicium nicht überschätze, wenn man es als „Vermutung“ behandelt, andererseits dafs man den Indizienbeweis als Ganzes nicht unterschätze durch Verwechselung der aus dem Ergebnis der einzelnen Anzeigen sich herausstellenden Wahrscheinlichkeit mit dem Ergebnis der Beweisführung durch Indizien, welche sich durch logische Folgerung, meistens durch Induktion vollzieht, während der Schlufs aus dem einzelnen Indicium ein Syllogismus zu sein pflegt, wie nun zu zeigen ist, von oftmals zweifelhaft logischem Werte.

3. Darüber, dafs der „Beweis durch Anzeigungen“ im heutigen Rechtsverfahren unter der Herrschaft der freien Thatsachen- und Beweisbeurteilung dem sogen. direkten oder natürlichen, empirischen Beweise an Wert nicht nachstehe, besteht wohl kaum noch ein Zweifel. Jede Beweisführung hat ihre Gefahren teils in der Trüglichkeit der Beweismittel,

*) Glaser a. a. O. S. 147: „Jeder Versuch, gewisse Vorgänge ein für allemal zu Indizien, und wäre es nur einer bestimmten Klasse von Delikten zu stempeln, verstöfst gegen die Natur des richtig erkannten Indizienbeweises; und weil die Zeit noch nicht ferne ist, wo dies vielfach geschah, ist es notwendig, vor der Nachwirkung dieser Versuche nachdrücklich zu warnen.“ Diese Warnung Glasers ist namentlich der österreichischen Strafrechtspraxis seit der St.-P.-O. von 1853 zugerufen, in der die „negative Beweistheorie“ wieder eingeführt war, bis 1873 auch sie wieder fiel mit der Anerkennung der vollen freien Beweiswürdigung. S. im Übrigen Heusler a. a. O. S. 307. Die Indizien sind so unzählig „wie der Sand am Meere“ und ein und dieselbe als Indiz wirksam werdende Thatsache bekommt in dem einen Falle durch begleitende Umstände eine andere Bedeutung als in der Umgebung anderer in einem anderen Falle. „Wann eine Indiz diese, wann jene Wirkung, und welches Indiz diese, welches jene Kraft habe, darüber finden sich wohl Entscheidungen in Einzelfällen, aber keine Regeln im Prinzip.“

teils in dem Verhalten der Beweisführer und der Beurteiler zu suchen; Irreführung durch falsche Urkunden und Zeugnisse ist ebenso leicht möglich, vielleicht noch öfter, als Erfindung von Indizien; die Gefahr von Mifsgriffen des Beweisführers, wie des Beurteilers, liegt bei dem direkten Beweise in dem zu leichten Hingeben an das formelle Vertrauen auf die Beweismittel und dem daraus folgenden Mangel an Überdenken, bei dem indirekten Beweise aber in den gröfseren Anforderungen an geistige Anspannung in doppelter Richtung und Ausdehnung und in einem weiteren Spielraum der Einbildungskraft und Kombinierungsgabe, eines übertriebenen Scharfsinnes einerseits, einer Zählung und gedankenlosen Anwendung von Kategorieen andererseits*).

*) Glaser a. a. O. S. 149 ff. und die das. aufgeführten Aussprüche englischer Schriftsteller. Eine treffliche Darstellung seitens des amerikanischen Richters Shaw in dem Schlufsvortrag an die Geschworenen findet sich in dem bekannten Prozefs Webster, wo er auf Easts Pleas of the crown Bezug nahm in Folgendem: „Vielleicht ist ein starker Indizienbeweis bei Verbrechen, welche gewöhnlich insgeheim verübt werden, die beruhigendste Grundlage der Annahme der Schuld; denn mancherlei niedrige Motive können die Menschen zum Meineid verleiten und die geheimnisvolle Beschaffenheit des Verbrechens kann dazu verlocken; aber es kann schwerlich sich ereignen, dafs viele, die Glieder eines einheitlichen Vorganges bildende Thatsachen, die sich der Einwirkung des Anklägers entziehen, so unglücklich zusammentreffen, dafs sie auf die Schuld eines Individuums hinweisen und dafs diese Folgerung doch irrig ist.“ Darauf fuhr Shaw weiter selbst fort: „Jede dieser Beweisarten hat ihre eigentümlichen Vorteile und Nachteile. Der Vorteil des positiven Beweises besteht darin, dafs man die Aussage eines Zeugen vor sich hat, welcher die Handlung selbst gesehen; hier bleibt nur mehr die Frage, ob man dem Zeugen glauben könne. Der Nachteil ist, dafs der Zeuge falsch und meineidig sein kann, ohne dafs man die Mittel besitzt, dies zu entdecken; beim Indizienbeweis dagegen . . . gelangt man zu der zu erweisenden Thatsache durch eine Reihe anderer Thatsachen hindurch, welche zu der ersten in einer gewissen Beziehung (wie z. B. hier zwischen Ursache und Wirkung) stehen und eine verläfsliche und überzeugende Schlufsfolgerung gestatten. Wenn z. B. nach frischem Schneefall Fufsspuren bemerkt werden, so ist es gewifs, dafs seit dem Schneefall ein lebendes Wesen über die Stelle gegangen; vermöge der Form und Zahl der Spuren läfst sich mit gleicher Sicherheit feststellen, ob es ein Mensch oder ein Tier war. Der Indizienbeweis beruht daher auf der Wahrnehmung von Thatsachen und ihres erfahrungsmäfsigen Zusammenhanges, wodurch zwischen den erwiesenen Thatsachen und den zu erweisenden eine Verbindung hergestellt wird. Die Vorteile bestehen darin, dafs, da der Beweis hier gewöhnlich aus verschiedenen Quellen und den Aussagen mehrerer Zeugen abgeleitet wird, eine auf

Es ist von Glaser*) nachgewiesen worden, dafs man sich in der Doktrin rücksichtlich der Schlufsfolgerung aus anzeigenden Thatsachen eigentlich im Kreise herumdrehte und dafs man sie aus dem Obersatz nur ableiten könne, wenn man sie vorher in denselben hineingelegt habe, sodafs sie sich dann von selbst, ohne einer besonderen Prüfung nach den Regeln der Logik unterworfen zu werden, ergebe. Die doktrinellen Anleitungen zur Prüfung der konkreten Thatsache, in welcher ein Indicium von bestimmter Art erblickt werden soll, berücksichtigen die Richtigkeit einer desfallsigen Schlufsfolgerung: Verläfslichkeit des Obersatzes, Gewifsheit des Untersatzes, Schlüssigkeit der Folgerung. Von notwendigen Schlufsfolgerungen abgesehen, kann der Obersatz für Indizien als verlässlich nur da hingestellt werden, „wo er den Einschränkungen unterworfen wird, welche nicht blos immer wiederkehrende Erfahrungen, sondern auch die im einzelnen Falle sich darbietenden Bedenken vorzeichnen;" man geht daher nicht vom einem Obersatz und dem Versuche, diesen für den Untersatz passend aufzusuchen, sondern von einer konkreten Thatsache aus, „bezüglich deren man den Versuch macht, ob die von ihr abgeleitete Annahme eine Generalisierung verträgt, welche sie als mit den Denkgesetzen im Einklang erscheinen läfst". Sonach wäre

Täuschung berechnete Veranstaltung weniger wahrscheinlich ist und dagegen eine gröfsere Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und Vereitelung vorhanden ist. Die Nachteile bestehen darin, dafs die Jury nicht blos den Beweis jener Thatsachen zu würdigen, sondern auch aus demselben Folgerungen abzuleiten hat, wobei sie durch Vorurteil, Parteilichkeit, Mangel gehöriger Überlegung und eines nüchternen Urteils zu voreiligen und falschen Schlüssen verleitet werden kann — eine Quelle des Irrtums, welche inbezug auf positiven Beweis nicht vorhanden ist. — Es ist aus diesem Grunde leicht einzusehen, dafs Folgerungen aus den erwiesenen Thatsachen nur mit grofser Sorgfalt und Achtsamkeit gezogen werden dürfen. Es mufs eine billige, natürliche, nicht eine erzwungene und erkünstelte Schlufsfolgerung sein.... Das gemeine Recht appelliert an die gemeine Erfahrung und das gesunde Urteil; die aus der Gesamtheit der Thatsachen abgeleitete Folgerung mufs eine verständige, billige und natürliche sein. Es genügt nicht, dafs sie wahrscheinlich ist, sie mufs sicher sein, soweit moralische Gewifsheit überhaupt reicht."

*) Beiträge zur Lehre vom Beweise im Strafprozefs, Leipzig, 1883, S. 124, 128; s. das. auch die Litteratur über den Anzeigenbeweis.

die Aufstellung eines Obersatzes eine „Illusion“ und hätte dieser Versuch nur den Vorteil, dafs der Prüfung von Gründen für abstrakte Auffassung gewisser Arten von Thatsachen als Anzeigen für andere gewisse Thatsachen die des konkreten Thatsachenzusammenhanges nachfolge, welche nur allein die Haltbarkeit jener ergeben kann. Was die Doktrin für dieses Verfahren an die Hand giebt, löfst sich in Erfahrungssätze von meist nur relativer Grundbestimmung auf, unter welche schlechthin untergeordnet oder durch deren Vermittelung weiter gefolgert wird. Die Warnung, dafs in dem Obersatz der Schlufssatz schon enthalten sein könne und der Obersatz, statt die Sachlage vorzuzeichnen, gegenüber dieser in concreto ihr angepafst und annähernd verlässlich gefafst werde, wurde mehrfach ausgesprochen. Darin besteht die einzige Regel — in der Warnung „vor logischen Sprüngen, vor zuweit gehenden Folgerungen“, und in der Mahnung, dafs „die rein logische Operation durch gereifte Erfahrung sehr unterstützt werden könne“ *).

h. Es ist zwar von der neueren Doktrin anerkannt, dafs die Frage, ob ein Umstand in einem gegebenen Falle als Anzeichen gelten könne, nie im Voraus beantwortet, sondern stets nur im einzelnen und zwar vorliegenden Falle gestellt werden könne, und dafs die Bemühungen, eine allgemeine Indizienlehre aufzubauen, ebenso vergeblich waren, wie die der Rhetoriker, die Argumente in allgemeinen Klassen im Voraus aufzustellen; ungeachtet dessen hat man sich doch wieder bemüht, das „Material des Indizienbeweises“ unter allgemeine Anhaltspunkte übersichtlich darzustellen,

*) Heusler a. a. O. S. 306 bemerkt mit Recht, dafs die gemeinrechtlichen Quellen die Indizien nicht nur als im Prozefs verwertbare Thatsachen kennen, sondern sie, trotz Verkennung ihres eigentlichen juristischen Wesens und trotz ihrer Unterstellung unter die Beweismittel, im Wesentlichen korrekt behandelt haben, indem ihr Hauptsatz folgender sei: „Das Indiz (praesumtio) kann entweder ein ganz schwaches sein, aus dem auf eine andere Thatsache zu schliefsen, eine Verwegenheit wäre (temeraria), oder ein mittelmäfsiges, das immerhin die Möglichkeit der anderen Thatsache annehmen läfst (probabilis), oder ein starkes, das die zu folgernde Thatsache höchst wahrscheinlich macht (violenta), oder ein zwingendes, das die Thatsache über allen Zweifel erhebt (necessaria).“

was namentlich von englischen Schriftstellern an der Hand des englischen Beweisrechts, dessen Ausbildung (wie auch in Nordamerika) besonders in den belehrenden Vorträgen der Vorsitzenden der Jury zu suchen ist, geschehen ist*). Zahlreich sind die Versuche, wenigstens die Quellen der Indizien in Abteilungen zu bringen, wie die Versuche der Rhetoriker rücksichtlich der Beweisgründe. Das Ursachs- und Bedingungs- auch das Begleitverhältnis, auch die Einteilung des Thatbestandes, ferner die Gegensätze des subjektiven Thatbestandes (Schuld und Unschuld, Belastung und Entlastung), der Beweisgegensatz (Indizien und Gegenindizien) u. a. m. wurde dabei zugrunde gelegt.

Weit wichtiger ist eine Anleitung für die individuelle Prüfung des Beweiswertes eines Thatumstandes, der als mögliche Anzeige sich darbietet**), diese hat nach doppelter Richtung zn erfolgen, nach der positiven und negativen Seite hin; in ersterer Beziehung aber hat man sich vor dem begreiflichen Fehler zu hüten, den fr. Thatumstand nach abstrakten, hergebrachten Indizientheorieen der Beweisqualität und Beweiskraft a priori zu bemessen; in letzterer Beziehung kommt es überall auf die Möglichkeit, nicht erst die Wahrscheinlichkeit, einer anderweitigen Erklärung eines etwa eine Anzeigung begründenden Umstandes, wenn sie in der letzteren schon gelegen erscheint, an, indem diese schon denselben der beweisenden Kraft beraubt, während es wenigstens der Wahrscheinlichkeit der von aufsen hinzutretenden, eine verdächtigende Eigenschaft eines Umstandes beseitigenden Thatsachen bedarf***). Hierauf be-

*) Unter reichlicher Benutzung dieser hat Glaser a. a. O. S. 154 eine derartige Übersicht gegeben — eine wahre Fundgrube für Verteidiger und Staatsanwälte.

**) Die richtige und geschickte Verwertung der Indizien hängt sehr von dem freien Blick, von der Lebenserfahrung und dem kombinatorischen Talent, aber auch von einer Unbefangenheit und Mehrseitigkeit des Urteils ab. In der Untersuchungsführung mühen z. B. gar manche sich mit vielen, einzelnen Indizien von ganz untergeordneter Bedeutung ab und übersehen darüber die schwer wiegenden und durchschlagenden, bis sie dieselben oft zu spät erkennen oder erfahren.

***) Wenn die anfangs angenommene Identität der bei dem Angeklagten gefundenen Sachen mit den gestohlenen nun auch nicht bestehen

schränkt sich allein der Gegensatz zwischen Anzeigungen und Gegenanzeigungen, welche man eingeteilt hat: in zu beweisende und einmal bewiesen den Klage- oder Anschuldigungsbeweis entkräftende, und in solche, welche nur zu Vermutungen, die mit der Beweiskraft jenes Beweises nicht im Einklang stehen und daher nicht weiter zn beweisen sind, führen. Wenn gegenüberstehende Thatsachen einem bestimmten anzeigenden Thatumstand wegen engerer Beziehung zu dem zu beweisenden die Beweiskraft entziehen oder beeinträchtigen, so ist dies ebenso zu beachten, wie wenn die bestimmte Erklärung des anzeigenden Umstandes allein und in der beliebten Richtung durch eine andere natürliche und annehmbare aufgewogen oder wenigstens in ihrer Ausschliefslichkeit begrenzt wird.

Wie bei jedem direkten Beweismittel ist das Indicium, weil es thatsächliche Unterlagen hat, auch darauf zu prüfen, ob es nicht ein auf einer täuschenden Veranstaltung beruhendes ist, indem erdichtete oder ungewisse Thatsachen, welche der Anzeigung zugrunde liegen, als glaubhafte dargestellt worden sind.

Was in negativer Beziehung für den Angeklagten im Strafverfahren gefordert wird, dafs er nämlich Gelegenheit erhalten müsse, über die Indizien der Thäterschaft wenigstens sich erklären zu können, wobei die Art und Weise der Erklärung besonders zu beachten sei, kann überhaupt gelten und im bürgerlichen Prozefs ist ja die Möglichkeit gegeben,

kann, dann ist die anzeigende Thatsache des Sachenbesitzes ihres Beweiswertes beraubt durch eine andere Möglichkeit; bleibt aber die Identität festgestellt, dann vermag die Möglichkeit eines Erwerbes der gestohlenen Sache aus dritter Hand, den aus dem Besitz entnommenen Vermutungsgrund nicht eher zu beseitigen, als der Erwerb (in gutem Glauben) wenigstens wahrscheinlich gemacht wird. Das gröfste Hindernis einer gerechten Gegenerwägung bei Prüfung des Beweiswertes der Indizien ist eine zu grofse Voreingenommenheit für eine Schlufsfolgerung oder die Annahme einer zu erschliefsenden Thatsache; wer sich nicht gewöhnt hat, ebenmäfsig die Gründe für und wider zu erwägen, wird schwer von einer vorgefafsten Meinung abgehen. Die Rolle der Klägerschaft bringt stets eine Voreingenommenheit mit sich.

auch Parteien in Person zu hören, wenn einmal ein Indizienbeweis zu führen ist*).

Auf das Material des Indizienbeweises kann wegen seiner grofsen Umfänglichkeit und als der Rechtswissenschaft und Praxis ausschliefslich angehörig nicht weiter eingegangen werden und es ist hier nur auf das treffliche Werk Glasers a. a. O. als für die Parteiredner und Richter gleich bedeutsame Quelle der Beweisführung und Beweisprüfung hinzuweisen, besonders in dem Abschnitt über die „Benutzung des Indizienbeweises".

Es sei nur noch gedacht, dafs es bei Beurteilung des Indizienbeweises sich überall nicht um notwendige Schlüsse (a non posse ad non esse), sondern um Wahrscheinlichkeitsschlüsse (a posse ad esse) handelt und dafs insoweit der Verteidigungsbeweis viel leichter durch Indizien zu führen ist, weil zur Herstellung des Schuldbeweises die Gewifsheit aller Schuldmomente erfordert wird, während jener schon geführt ist, wenn nur bezüglich eines Thatbestandteiles ein Umstand erbracht ist, welcher dessen Nichtbestehen darthut**).

3. Wir haben es hier nur mit der Benutzung des Indizienbeweises für das Endurteil zu thun und zwar mit der Vorbereitung der Urteilsfragen durch die Parteiredner. Auch sie haben das Verhältnis der Anzeigen zu den übrigen Beweismitteln aus einander zu setzen, da in der

*) Erfahrungsgemäfs wirkt eine natürliche und befriedigende Erklärung scheinbar belastender Umstände leicht günstiger für den Angeklagten, als er es vielleicht verdient, zumal dann, wenn eine Nachprüfung der plausiblen Angabe nicht leicht möglich ist. Ungeschickte und gesuchte Erklärungen sind dem Angeklagten aber immer noch gefährlicher, als wenn er gar keine abgiebt, selbst da, wo er es könnte und vielleicht gar ein Interesse daran hätte, sich zu erklären. Das sind oft Lagen, in denen der persönliche Eindruck bei dem Beurteiler nachhelfen mufs.

**) Hier kommt das Nichtkönnen, Unzureichendheit der Zeit, der Kräfte, der Mittel, das Fehlen von psychischen und physischen Erscheinungen, welche eine That hätte hervorrufen müssen und vor allem der Mangel psychischer Ursachen in Frage. Vergl. über Entkräftung des Indizienbeweises Frydmann a. a. O. S. 210 ff.

Regel der Indizienbeweis sich nur auf einen Teil der festzustellenden Thatsachen erstreckt und oft nur ergänzend und verschmolzen mit dem empirischem Beweise im ganzen oder in einzelnen Abteilungen zum Vorschein kommt, in unterstützender oder bekämpfender Weise; in dieser Zusammensetzung der Beweisführung aus empirischer und logischer (durch Indizienbeweis) gewinnt die letztere wegen des Hinzutritts der mit den logischen Beweismitteln kämpfenden Kritik (der bejahenden wie verneinenden oder widerlegenden) der direkten Beweise die Oberhand und dabei ist umsomehr in formeller Hinsicht erkennbar zu machen, wo die Schlufsfolgerung ansetzt und wo sie aufhört; nebst allseitiger Erörterung des Materials des Indizienbeweises ist auch eine leichte Übersichtlichkeit in der Verwendung der Indizien da, wo fast ausschliefslich der Beweis ein Indizienbeweis sein mufs, wie oft in Strafsachen, zu erstreben, und insofern empfiehlt sich die Ordnung der Anzeigen nach der Zeitfolge oder nach den sachlichen Beziehungen von Ursache und Wirkung Bedingung und Bedingtheit, Begleitung u. s. w.

Die Aufmerksamkeit der Zuhörer wird hier durch die grofse Anzahl von Einzelheiten und deren Deutungsmöglichkeiten nicht minder als die Einbildungs- und Zusammensetzungs- und Absonderungsthätigkeit, sowie die Urteilskraft, in erhöhtem Grade und Mafse in Anspruch genommen.

Der Beweisführer hat ganz besonders bei der Beobachtung und Kritik der gegnerischen Beweisführung darauf zu achten, dafs nicht logische Sprünge gemacht, Trugschlüsse eingeschmuggelt, Obersätze uud Schlufssätze identifiziert, unrichtige Prämissen eingestellt werden u. dgl. m. Die geistige Anspannung ist hier für den Redner eine mehr als gewöhnliche und gerade in der formell guten Führung eines Indizienbeweises, sowie in der scharfen Beurteilung eines vom Gegner geführten, zeigt sich das ganze rednerische Talent, wie in der sachlich guten das Genie eines Gerichtsredners, die Befähigung in der Machtentfaltung, nicht anders als auf dem Schlachtfelde!

4. In sachlicher Beziehung ist vor allem von der positiven Grundlage der Zweifellosigkeit der das Indicium bildenden Thatsache auszugehen und die Wahrheit der für erhebliche Verhältnisse mafsgebenden Thatsachenmehrheit festzustellen.

Darauf folgt die Ausschliefung aller Scheinanzeigen, denen die Berechtigung zur Beweisverwertung abgeht, und Prüfung der für die Sachlage allein verwertbaren Umstände, deren Beweiskraft an dem Vorhandensein entgegenstehender zu erproben und dadurch, dafs man einen als verwertbaren Umstand vermeinten zur Probe wegdenkt und sich vergegenwärtigt für die Beweiszusammensetzung, welches die Bedeutung des übrig gebliebenen Materials sei ohne jenen Umstand, um die Bedeutung dieses zu bemessen.

Weiter sind die einzelnen Indizien nach ihrer äufseren und inneren Beziehung, nach Zahl, nach ihrer Unabhängigkeit von einander, nach ihrer Übereinstimmung oder Abweichung, ihrer Unterstützung oder Abschwächung unter einander zu prüfen und dann ist daraus ein Gesamtergebnis abzuwägen*) und die Probe anzustellen: „sich die Überzeugung zu verschaffen, dafs die Thatsache, auf welche alle diese einzelnen Indizien hindeuten, hypothetisch angenommen, zu der Gesamtheit der bekannten Thatsachen des Falles in dem Verhältnis gegenseitiger Bestärkung, Erklärung und Ergänzung steht und dafs dies bezüglich keiner anderen Hypothese, für deren Aufstellung die Ergebnisse des Beweisverfahrens irgend eine Handhabe bieten, auch nur annähernd in gleicher Weise der Fall ist.“ Dies ist nicht blos Quelle, sondern auch logische, rationelle Rechtfertigung der Über-

*) Folgendes Beispiel Quintilians a. a. O. V. 12 mag hier angeführt werden: Ut si quis hereditatis gratia hominem occidisse dicatur: hereditatem sperabas, et magnam hereditatem; et pauper eras, et tum maxime a creditoribus appellabaris; et offenderas eum, cujus heres eras, et mutaturum tabulas sciebas. Singula levia sunt et communia: universa vero nocent. Über die ausführliche Auseinandersetzung eines Hauptbeweisgrundes vergl. Ciceros Rede für Milo von den Worten an: Quo tempore — scio enim etc.

zeugung — „Sichtung der einzelnen Indizien und die Erprobung des Gesamtergebnisses"*).

§ 53.

4. Einteilung der Argumente.

Als die eigentliche Aufgabe der Rhetorik bezeichnet man sowohl die Auffindung passender Argumente für eine Beweisführung, als auch deren geschickte Anordnung; die Kunst darin nimmt die Rhetorik für sich in Anspruch; das Material aber zur Auffindung mufs die Wissenschaft liefern, der das Redethema entnommen ist. Über Argumente zu urteilen ist Sache der Logik, soweit es sich um ihre formale Richtigkeit handelt, dagegen Sache der Fachkritik, soweit ihre wissenschaftliche Wahrheit in Frage steht. Die Kunst, Empfindungen und Affekte zu erregen, nimmt die Poesie und auch Rhetorik für sich in Anspruch; von der gerichtlichen Redekunst aber haben wir sie, als auf die Überzeugung nicht wirken sollend, ausgeschlossen. Die Kunst aber, die Argumente in einer passenden grammatischen und stilistischen Form zur Darstellung zu bringen, ist die Dialektik, als ein Teil der Elokution mit Bezug nur auf die Beweisführung.

*) Glaser a. a. O. S. 185 ff. und die das. angeführten Schriftsteller. Nur auf diese Weise werden die Parteiredner verhüten, dafs bei Indizienbeweisen die Geschworenen sich einem Gesamteindruck hingeben, „welcher um so trüglicher ist, da oft ein einziges Indicium, dessen Gewicht durch einen gewandten Staatsanwalt gepriesen wird, einen so mächtigen Eindruck auf die Mehrheit der Geschworenen macht, dafs sie ohne weitere verständige Prüfung jedes einzelnen Indiciums zu dem Wahrspruche der Schuld gelangen"; vergl. Mittermaier in Goltdammers Archiv, 1858, S. 149.

Rücksichtlich des Anklagebeweises mag, wie englische Richter den Geschworenen zur Belehrung an die Hand geben, beherzigt werden, dafs es nicht genüge, wenn alle Umstände sich mit der Voraussetzung der Schuld vertragen, sondern dafs auch ein Umstand vorhanden sein müsse, welcher mit jeder denkbaren Theorie von der Unschuld des Angeklagten unvereinbar sei; nur wenn Umstände vorhanden, welche keine vernünftige Annahme der Unschuld aufkommen liefsen, sollten die Geschworenen schuldig sprechen.

Von den mehrfachen Einteilungen der Argumente*) hat nur diejenige eine Berechtigung, welche nach den Beziehungen des Inhalts der Voraussetzungen zu der Schlufsfolgerung gemacht wird, gegenüber dem vom Sinn der Satzglieder unabhängigen, formal logischen Zusammenhang zwischen Voraussetzung und Schlufs, für welche man auch nur Buchstaben oder Zeichen einstellen kann; so ist z. B. in der Schlufsfolgerung von Ursache auf Wirkung die Beziehung beider, eine notwendige, natürliche, erfahrungsmäfsige, wahrscheinliche u. s. w. in Frage, wobei die Ursache den Inhalt der Prämisse und die Wirkung den der Schlufsfolgerung bildet, und zwar in einer Beziehung als „relativer Grundbestimmung", unterhalb welcher sich inhaltlich die Schlufsfolgerung vollzieht. Nach diesem Einteilungsprinzip läfst sich die grofse Menge der Argumente unter dem Gesichtspunkte der Ausscheidung derer, welche nicht in die durchgreifende Klasse unterzubringen sind, in zwei Klassen teilen: Argumente, welche zur Begründung einer Thatsache dienen können, und zwar als Schlüsse von Ursache (Entstehungs- und Beweggrund) auf Wirkung, die eine Thatsache begründen, ihre Ursache (physische oder geistige) nachweisen läfst, und daneben die Klasse aller anderen Argumente, von verschiedenen Arten, welche nicht zu jener Begründungsweise verwendbar sind. Unter Anwendung des Begriffes des sogen. Kausalzusammenhanges gewinnt diese Einteilung eine besondere Bedeutung für den stetigen Kampf zwischen Behauptung und Gegenbehauptung in der Beweisführung und Widerlegung der Rechtsstreite, in denen sich meistenteils um die Nachweisung der

*) Vergl. Whately-Hildebrand a. a. O. S. 5 ff., dem hier im Wesentlichen auch für die gerichtliche Redekunst gefolgt werden kann. Die meisten Einteilungen der Argumente ermangeln eines durchgreifenden Einteilungsgrundes, überkreuzen sich oder verschwimmen in einander, z. B. irreguläre u. reguläre, notwendige und wahrscheinliche, direkte und indirekte, deiktische und elenktische (Aristoteles) u. s. w.; die Einteilung nach der Art der Formulierung, die Einteilung der Prämissen, die nach dem Zweck sind nicht Einteilungen der Argumente als solcher; letztere ist nur die nach der Beziehung des Inhalts der Prämissen zu dem der Schlufsfolgerung.

Entstehungs- und Beweggründe in letzter Linie das Beweisen dreht. Jeder Parteiredner prüft seine eigenen, sowie die Argumente des Gegners in beiden Richtungen, indem er bei beiden ausscheidet mittels Kritik, was nicht in dem erwähnten Zusammenhang mit dem Beweissatz steht, was aber aufserhalb desselben mit letzterem noch in anderer Beziehung stehen und als Nebenargument Beachtung finden kann; dadurch wird die beiderseitige Beweisführung eine sehr bestimmte Grundrichtung von mafsgebender Wirkung erhalten, woran sich dann alle übrige Argumentation innerhalb der Abteilungen oder Arten der zweiten Klasse der Argumente anzuschliefsen hat*). „Die einzig entscheidende Probe, um zu erfahren, welcher von beiden Klassen ein Argument angehört, ist die Frage: Gesetzten Falles, die Behauptung wäre als richtig zugegeben, würde das dafür vorgebrachte Argument sie motivieren oder nicht? Je nachdem die Frage bejaht oder verneint wird, gehört das Argument der ersten oder der zweiten Klasse an; z. B. wenn jemand angeschuldigt wird, einen Mord begangen zu haben auf Grund dessen, dafs er gegen den Ermordeten einen Hafs getragen und an seinem Tode ein Interesse habe, so würde das Argument in die erste Klasse gehören, weil, die Schuld des Angeklagten als erwiesen zugegeben, die angeführten Thatsachen als Motiv für den Mord würden dienen können. Das Argument, weil seine Kleider blutig waren, würde nicht als Motiv, als Entstehungsgrund dienen können und daher in die zweite Klasse gehören**).

*) Das Hervortreten der Lehre von der „Kausalität“ in der neueren Jurisprudenz weist recht sehr darauf hin, auch in der gerichtlichen Redekunst darauf ein entscheidendes Gewicht zu legen, weshalb man Whately-Hildebrands „Grundlagen der Rhetorik“ als gerade anerkennungswert in dieser Beziehung zu beachten haben dürfte.

**) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 9. Es scheint, als ob Aristoteles das verstärkte διότι („deshalb weil“ oder „dadurch dafs“) für die ersteren und das einfache ὅτι für die letzteren Argumente gebraucht habe. Whately nennt die Argumente der ersten Klasse a priori-Beweise und die der zweiten a posteriori, obschon sonst unter jenen von einem antecedens überhaupt hergeleitete verstanden werden; ganz

1. Die Klasse der Argumente von Ursache auf Wirkung ist, wie bemerkt, für die Feststellung des Thatbestandes eines Rechtsfalles die hauptsächlichste, da unter Ursache nicht blos die natürliche Entstehung in dem Wahrnehmungsbereiche, sondern auch die geistige Verursachung (der Beweggrund und die Verschuldung), kurzum die Zusammenhangserklärung für eine Beziehung vom Entstehen eines Thatumstandes zu dessen voraussehbarem Erfolge, verstanden wird. Es ist dabei wohl zu unterscheiden, dafs hier nur Ursachen in Frage sind, welche die „Tendenz" haben, eine bestimmte (voraussehbare) Wirkung hervorzubringen, im Gegensatz zu notwendigen oder wahrscheinlichen „Begleitbedingungen" oder „Attributen einer Wirkung oder Erscheinung", indem auch Ursachen vorkommen, welche als „Existenz- oder Begleitbedingungen" einer Wirkung erscheinen; denn es giebt mancherlei Umstände, welche jene Tendenz nicht haben, obgleich die Wirkung ohne sie nicht entstehen kann, und welche deshalb als Begleitbedingung aus der Wirkung zu folgern sind; z. B. die Anzündung eines Feuers in der Nähe eines Kiefernholzes bewirkt die Inbrandsetzung dieses durch einen heftigen Wind; hier ist jene eigentliche Ursache, aber letzterer Begleitbedingung der Wirkung ersterer, also nicht Ursache der Inbrandsetzung.

Ferner ist die logische und physische Folge auseinander zu halten. Bei Argumenten dieser ersten Klasse ist die logische Schlufsfolgerung auch gleichzeitig die Wirkung der Prämisse als Ursache, wobei Ursache des Erfolges auch gleich Beweis dafür ist, während bei den Argumenten der zweiten Klasse der Schlufs als logische Folge der Prämisse gleichzeitig die Ursache ist, aus der die letztere physisch folgt; die logische und natürliche Folge stehen hier einander gegenüber, z. B. der Gefangenwärter schlief, denn der Gefangene entwich ihm. Durch Ungenauigkeit im Denken und

trifft die gegensätzliche Benennung nicht zu, indessen für seine Einteilung der Argumente mag jene Benennung der Kürze halber verständlich und verwendbar sein.

besonders im Ausdruck wird leicht die unsere Überzeugung schaffende Prämisse mit der Ursache davon, wovon wir überzeugt werden, weil sie oft zusammenfallen, verwechselt, indem man zur Bezeichnung beider Arten der Folgen (natürliche und logische) dieselben Worte gebraucht; die Wirkung „folgt“ aus der Ursache und der Schlufs „folgt“ aus der Prämisse. Auch das Wort „Grund“ müsste nur auf letztere beschränkt und dürfte nicht mit der eigentlichen Ursache gleichbedeutend gebraucht werden, wie die Partikeln: „also, daher, folglich“ und „darum, warum, weil“, wovon „warum“ z. B. zur Erfragung des Grundes (als Beweis) oder der Ursache und des Endzweckes oder der Schlufsursache gebraucht wird*). Aus der Verwechselung von Ursache im eigentlichen Sinn und als Erklärungsgrund eines Umstandes mit dem Beweis für eine Thatsache entstehen zahlreiche Irrtümer. Wenn auch Gründe (Argumente) häufig in Ursachen übergehen, so unterscheiden sich beide doch dadurch, dafs erstere von der Rhetorik, letztere von den Fachwissenschaften und der Philosophie aufgefunden werden.

Das, woraus die Argumente gezogen werden, mufs entweder durch Zugeständnis des Gegners oder durch sonstigen Beweis feststehen.

Nach alledem giebt es nun wirkliche Ursachen und Schein-Ursachen, jene mit der Natur und dem Bestreben, eine bestimmte Wirkung hervorzubringen, diese mit dem Schein einer solchen, in Wirklichkeit aber nur eine Existenz- und Begleitbedingung, wie Zeichen und Merkmale; aus ersterer folgt mit Notwendigkeit die Wirkung, sofern sonst eine Hinderung nicht dazwischentritt; giebt es nur eine einzige Ursache zu einer bestimmten Wirkung, dann läfst sie sich aus dieser demonstrativ beweisen; wenn die Wirkung aber aus verschiedenen Ursachen entspringen kann, dann bringt das Argument nur Wahrscheinlichkeit für eine derselben; jemehr man sich indessen jenem Grade nähert, desto stärker wird das Argument.

*) Vergl. P. Carus, Ursache, Grund und Zweck. Eine philosophische Untersuchung zur Klärung der Begriffe. Dresden, 1883.

2. Die zweite Klasse der Argumente enthält solche, welche nicht als Entstehungs- oder Beweggrund für eine als richtig vorausgesetzte Thatsache dienen können; sie zerfällt in zwei Unterabteilungen: Zeichen oder Merkmale und Beispiele.

a. Auf die Begleitbedingungen oder Attribute einer Erscheinung oder Wirkung läſst sich aus dem Bestehen dieser schlieſsen, und zwar beweist das Argument daraus demonstrativ, wenn jene absolut wesentliche oder notwendige sind, auſserdem aber bewirkt der Schluſs nur Wahrscheinlichkeit, aber je mehr man sich, wie eben erwähnt, jenem demonstrativem Beweise nähert, desto stärker wird das Argument, z. B. blutige Kleider sind eine wahrscheinliche Begleiterscheinung einer Blutthat und daraus wird jemand eines geschehenen Mordes oder einer Körperverletzung verdächtig. Scheinursachen sind oft nur notwendige Begleitbedingungen, ohne welche die eigentliche Ursache nicht hätte wirken können; man darf da nicht überall von der Wirkung auf die Ursache zurückschlieſsen, wie man eine Wirkung aus einer wirklichen Ursache folgert, sondern muſs aus der Wirkung die notwendige Begleiterscheinung folgern. Ist eine Ursache gleichzeitig eine notwendige und wahrscheinliche Begleitbedingung, dann darf man vorwärts und rückwärts schlieſsen, was nicht geschehen darf, wenn die Ursache die Tendenz hat, auch ohne notwendig zu sein, eine bestimmte Wirkung hervorzubringen, d. h. wenn auch andere Ursachen dieselbe Wirkung haben können.

Aus Zeichen oder Merkmalen kann man sowohl auf eine Ursache, als auch auf eine Begleitbedingung oder einen begleitenden Umstand schlieſsen, welche nicht Ursache sind, so bei den Argumenten aus einem Zeugnis, dessen Bestehen die Voraussetzung der Schluſsfolgerung auf die Wahrheit des Bezeugten bildet, welche letztere Begleitbedingung der Zeugnisablegung ist, die nicht erfolgt wäre, wenn die bezeugte Thatsache nicht wahr wäre*).

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 12—16.

b. Das „Beispiel“ im weitesten Sinne umfaſst die zweite Unterabteilung der zweiten Klasse, und zwar unter den Bezeichnungen: Erfahrung, Induktion, Analogie, gleiche Schluſsfolgerung u. s. w. „In sämtlichen unter diese Bezeichnung fallenden Argumenten sieht man einen oder mehrere bekannte Gegenstände oder Fälle als gute Repräsentanten einer bestimmten Gattung an, und zwar mit Rücksicht auf irgend eine Eigenschaft dieser Gattung und schlieſst von ihnen entweder auf die ganze Gattung oder auf andere unbekannte Individuen dieser Gattung“*). Von der Induktion und Analogie ist im vorigen Paragraphen bereits gesprochen worden.

Die Erfahrung schöpft aus der Vergangenheit des Beurteilers oder anderer Personen, die bis zur allgemeinen Übereinstimmung sich steigern kann und zu einem „progressiven Argument“ wird oder aus einer autoritativen Quelle stammt, indessen bezieht sie sich nur auf Prämissen und bietet der Analogie die Grundlagen.

Auch die Argumente durch Gegensatz fallen hierher, indem diese etwas Gemeinsames haben müssen, wenn sie als Argumente benutzt werden sollen, nämlich in ihrer ähnlichen Beziehung zu einem dritten Ding, z. B. Tugend und Laster werden anerzogen.

Wir übergehen die Bedeutung der wirklichen und erfundenen Beispiele**) für die Argumentation und ihre Verwendung nicht als Argumente, sondern zur Erläuterung („erklärende Beispiele“) oder „Illustration“, welchenfalls man sagen darf: „Beispiele beweisen nicht“, womit man leicht einen Gegner ungerecht der Sophistik beschuldigen kann, wenn er den Unterschied der Anwendung nicht kenntlich gemacht hat. Ganz ähnlich verhält es sich mit Vergleichen (Gleichnissen, Metaphern), zumal wenn sie zum Schmuck einer Rede ge-

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 23 ff.

**) Bei erdichteten Beispielen muſs nur ihre Denkbarkeit und die Folgeziehung hervortreten und ihr beabsichtigter Zweck dem Zuhörer klar gemacht werden, um dem etwaigen Einwand, daſs in Wirklichkeit der Fall nicht vorgekommen, die Spitze abzubrechen.

braucht werden, und es kann recht wohl unter einem erdichteten Fall ein Argument mit enthalten sein, indem der allgemeine Satz dadurch begründet wird, „dafs nämlich eine Veränderung, welche mit einem von zwei zueinander in gewisser Beziehung stehenden Dingen vorgeht, dieselbe Wirkung ergeben kann, als wenn sie mit dem anderen vorgegangen wäre“ *).

§ 54.

5. Kritik und Widerlegung der Beweisgründe.

Es ist bisher von der logischen Beweisführung zur Begründung von Behauptungen, namentlich solcher von Thatsachen gehandelt worden; es bedarf nun noch einer Besprechung der Kritik, Entkräftung und Widerlegung der gegnerischen logischen Beweisführung, welche sich auf Thatsachen und Rechtssätze erstreckt hat. Die Beweisfähigkeit der logischen Beweise hängt von der Fehlerlosigkeit der Denk- und Urteilsthätigkeit, welche aus den Beweisgründen die Wahrheit des Beweissatzes ableitet, ab. Die Beweiskraft aber der logischen Beweisgründe liegt in ihrer Wahrheit und in ihrem inneren Zusammenhang mit dem Beweissatze. Im Schlusse bilden zwei oder mehrere Urteile (Prämissen) die Beweisgründe, welche wahr sein müssen; die Wahrheit des Obersatzes wird durch die Erfahrungsregeln oder Sätze der Wissenschaft, Vernunft u. s. w. festgestellt, welche unentbehrliche Mafsstäbe oder Beweisregeln abgeben; die Wahrheit der im Untersatz enthaltenen Thatsachen mufs im einzelnen Falle durch historischen Beweis erst festgestellt werden. Der innere Zusammenhang zwischen dem Beweissatz und den Beweisgründeu (Prämissen) ist unter Anleitung jener Erfahrungssätze im einzelnen Fall aufzusuchen.

1. Die Kritik der gegnerischen Beweisführung erstreckt sich sowohl auf Prüfung des Inhalts der vorgetragenen Argu-

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 46.

mente im Vergleich zu demjenigen, was die Verhandlungen ergeben haben, also auf die sachgemäfse Auffassung der Beweisergebnisse, als auch auf die logische Richtigkeit der daraus gezogenen Folgerungen; sie dreht sich um die Wahrheit und Richtigkeit der Behauptungen und Beweisdarlegungen des Gegners. Die Kritik wendet sich gegen die Schwächen, die Entkräftung und Widerlegung gegen die Stärken der gegnerischen Beweisführung; jene aufzudecken und für sich zu benutzen, ist ebenso, wie die Auffindung, Verwendung und Anordnung der Beweisgründe, recht eigentlich Sache der Rhetorik, welche sich der Dialektik als Hilfsmittel bedient, und dabei verhält sie sich im wesentlichen verneinend, während die Entkräftung und Widerlegung positiver verfährt, indem sie formell anerkennt, was der Gegner bewiesen hat, aber darthut durch Gegenargumente, wie es doch nicht haltbar ist, etwa aus diesen zerfällt, bez. durch sie aufgehoben oder zerstört wird. Eine Art der Kritik, wenn diese nicht schon die gegnerische Beweisführung abzuschwächen vermag, ist die Skeptik oder Begründung von derartigen Zweifeln an der Aufrechterhaltung der gegnerischen Beweisführung, dafs der Beurteiler sich ihr anzuschliefsen aufser Stand gesetzt wird.

Gerade die logische Beweisführung des Gegners ist ein beliebter Gegenstand der Kritik und nur insoweit ist in diesem Abschnitt noch besonders von ihr zu handeln, da im übrigen die Sachkritik aus der Rechtswissenschaft und Erfahrung ihre Angriffe zu entnehmen hat, wie die Argumentation ihren Stoff daraus entlehnt. Insoweit hat es die Kritik mit dem Nachweis einer Verletzung der logischen Regeln, deren sich der Gegner schuldig gemacht hat, zu thun, besonders den oft vorkommenden Fehler einer petitio principii zu rügen*), ferner den der logischen Sprünge, auch der Un-

*) Insoweit ist das Feststehen der Prämissen zu prüfen; rücksichtlich der Obersätze bei dem Indizienbeweis ist auf das im § 52 Ausgeführte zu verweisen; aufserdem aber mufs eine jede Thatsache, von der ausgegangen wird, auch wirklich feststehen und hier ist sorg-

richtigkeit der Prämissen und der Schlufsfolgerungen, welche sich in den sogen. Fehl- oder Trugschlüssen*) und Beweisfehlern zusammenfinden. Das bekannteste Mittel, einen solchen ersteren aufzudecken und zurückzuweisen, besteht in der Aufstellung eines Parallelfalles, der das Widersinnige jener Folgerung zeigt, ähnlich dem argumentum ad absurdum, wobei durch Entwickelung der Gefährlichkeit der Konsequenzen einer Behauptung deren Unhaltbarkeit dargethan wird.

Die gewöhnliche Kritik besteht in der Verneinung oder der Darlegung des Unzutreffenden einer Prämisse, welche im Enthymema nicht ausgedrückt worden ist; selbst auch in solchen Fällen, wo man die Richtigkeit des Prinzips anerkennt, aber die der Schlufsfolgerung bestreitet mit einer scheinbaren Einrede gegen letztere, liegt eine Verneinung der Prämisse vor, „indem die zugegebene Behauptung nur die ausgesprochene Prämisse ist, deren Beweiskraft natürlich von der anderen Prämisse abhängt, die zwar unausgesprochen bleibt, aber stillschweigend als vorhanden gilt"**). Die Richtigkeit der Schlufsfolgerung kann nur dann angegriffen werden, wenn nachgewiesen werden kann, dafs aus den sämtlichen zugestandenen oder bewiesenen Prämissen, mögen sie ganz oder nur

fältig zu beobachten, ob nicht etwas als feststehend eingeschmuggelt wird, was erst noch zu beweisen wäre. Der Nachweis der Unbewiesenheit einer Voraussetzung entzieht jeder Schlufsfolgerung den Boden. Sonst nennt man in der Logik den Fall eine petitio principii, wenn man einen Beweisgrund wählt, der durch den zu beweisenden Satz bewiesen wird, z. B. wer von seinem Recht nicht Gebrauch macht, verzichtet darauf, weil er, wenn er nicht verzichten wollte, sonst Gebrauch machen würde. Sie ist ein s. g. Beweisfehler; ein solcher ist auch das s. g. ὕστερον πρότερον d. i. der Gebrauch nicht bewiesener Beweisgründe zum Beweise nicht beweisbedürftiger Sätze, welches umgekehrt hätte geschehen müssen. Beweisfehler sind auch das zu viel, zu wenig, und etwas anderes, als hätte bewiesen werden sollen, Beweisen — heterozetesis. Vergl. die Systeme der Logik von J. F. Fries, Überweg, Drobisch, Sigwart, K. Fischer u. a. m.

*) Die Schlufsfehler bestehen teils in der Ungesetzmäfsigkeit der Schlufsfolgerung, teils in der Verwendung eines mehrdeutigen Mittelbegriffs, fallaciae secundum und extra dictionem; s. juristische Beispiele bei v. Canstein a. a. O. S. 58 ff.

**) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 54.

teilweise ausgedrückt sein, eben der gezogene Schlufs nicht folgt. Eine passende Methode, die Trugschlüsse aufzudecken, ist der Gebrauch indirekter Gegenbeweisführung, „elenktische“ genannt (ἐλέγχειν), durch Nachweis der Unrichtigkeit einer entgegenstehenden Behauptung, wobei die Widersinnigkeit hervortritt und der Gegner leicht lächerlich gemacht werden kann, indem aus seiner Beweisführung eine absurde Folgerung gezogen wird; die Analogie macht die Hinfälligkeit eines gegnerischen Argumentes leicht bemerklich, indem ein anderes zur Erläuterung brauchbares aufgestellt wird, worin aus richtigen Prämissen ein falscher Schlufs gezogen wird*). Aber auch durch den direkten Nachweis, nämlich den des Gegenteils einer entgegenstehenden Prämisse wird schon genügende Kritik an der gegnerischen Beweisführung geübt; die Umwandlung eines sachlich indirekten Argumentes in ein direktes ist nicht schwer, indem man die Behauptung, deren Gegenteil bewiesen werden soll, einstweilen zugiebt, dann aber eine absurde Schlufsfolgerung zieht und von dieser rückwärts das Unzutreffende der Prämisse darthut. Man wählt hier die Bedingungsform zur direkten Herstellung eines Argumentes: „angenommen, aber nicht zugegeben, dafs“ u. s. w., oder: „wenn das wahr wäre“ u. s. w., worauf dann folgt: „dies besteht aber nicht in Wahrheit“, oder: „jene Annahme ist falsch, folglich“ u. s. w. Man versetzt sich hierbei in die Stelle des Gegners und bei der Wahl der kategorischen Urteilsform läfst man ironisch die (zu widerlegende) gegnerische Prämisse scheinbar gelten und ahmt den Trugschlufs nach, wobei dann plötzlich bei dessen Aufdeckung ein Eindruck des Lächerlichen hervorgebracht wird, der überraschend wirkt**). Dagegen der

*) Bei der indirekten Beweisführung zeigt man, dafs ein gegnerisches Argument zu viel beweise, nämlich aufser dem gezogenen Schlufs noch einen weiteren unzulässigen; dann sagt man: „wer zu viel beweist, beweist nichts!“

**) Whately-Hildebrand weist darauf hin, dafs bei diesem Gebrauch der Komik man seiner Zuhörer sicher sein müsse, da andererseits nur eine Witzmacherei beabsichtigt erscheine, worüber die Beweiskraft dieser Methode aus den Augen verloren werde, da nicht begreifende

Sophistik würde man sich als Kritiker schuldig machen, wenn man, in dem Bewufstsein, ein Argument direkt nicht angreifen zu können, es scheinbar, jedoch mit einer Einschränkung zugiebt, in der Berechnung, dafs diese als unwesentlich erscheinende Beschränkung doch das ganze Argument zerstören werde.

Im allgemeinen kann man sagen, dafs auf die Verneinung der Prämissen oder der Folgerichtigkeit, um welche Alternative es sich bei der logischen Kritik im wesentlichen nur handelt, nicht ein allzu grofses Gewicht zu legen sei, da das Gebiet der Trugschlüsse mehr innerhalb der rein wissenschaftlichen Beweisführungen als bei den der Erfahrungsmäfsigkeit und Wahrscheinlichkeit liegt, wo die Gründe zu Schlüssen nicht kontradiktorische Gegensätze enthalten, sondern neben einander bestehen können und es nur darauf ankommt, endlich zu bestimmen, welcher von ihnen der wahrscheinlichere und annehmbarere sei. Es gilt hier, die Aufmerksamkeit nicht auf eine andere Seite ablenken zu lassen; die Kritik wird daher vorzugsweise eine sachliche sein müssen und nebenbei eine logisch formelle.

Der Gegner des Kritikers wird gegenüber der Aufdeckung der Schwächen seiner Beweisführung sich gegen eine blos verneinende Kritik ziemlich kühl verhalten können, da es ihm mangels der Angabe eines Mafsstabes, welcher zur Richtung vorgehalten werden müsste, leicht fallen wird, die Zuhörer gerade darauf hinzuweisen, dafs der Angriff durch Verneinung jedes Nachweises entbehre, worin die Fehlerhaftigkeit bestehe; es wird ihm dann um so leichter die „Pseudo-Kritik“ der vermeintlichen Schwächen der Argumentation ihres Bodens zu berauben und diese wieder zu stützen*). Eine Gegen-

Zuhörer mifstrauisch würden, weil sie die Kombination von Weisheit und Witz nicht verständen. „Es giebt sonderbar konstruierte Geister, die absolut unfähig zu sein scheinen, auch die einfachste Ironie zu verstehen“.

*) Mit der blofsen Bemerkung, ein Schlufs sei unrichtig gezogen, ist nichts gethan, als ein Zweifel gegen denselben ausgesprochen; in-

kritik läuft auf eine Widerleguug der gegnerischen Kritik, und mittelbar auf die Herstellung der eigenen Argumente deren Schwächen darzuthun versucht worden war, hinaus und

wiefern die Schlufsziehung unrichtig sei, bleibt in der Luft stehen und eine derartige rein negative Kritik ist nichts wert, daher zurückzuweisen; derjenige, welcher dies zu thun in die Lage versetzt wird, wird gleichzeitig derartige Angriffsweisen der Verurteilung überhaupt preisgeben. Der Vorwurf eines Trugschlusses ohne dessen Aufklärung erweckt immer Verdacht bei denjenigen, welche unfähig oder zu bequem sind, den Schlufs auf seine Richtigkeit nachzuprüfen. Das Unterschieben eines Trugschlusses aufzudecken, hat oft seine grofse Schwierigkeit. Entnehmen wir ein Beispiel aus einer Abhandlung Johns in der Zeitschr. für die gesamte Strafrechtswissensch. VI. S. 171. „Zur Bestimmung des Urkundenbegriffes" in der gegen v. Buri gerichteten Anmerkung 15, auf S. 62. Dieser hatte bemerkt, dafs es für den Begriff der Echtheit einer Urkunde bedeutungslos erscheine, ob die als wahr bestätigte Thatsache wirklich wahr sei, und hatte hinzugefügt: „Die öffentliche Urkunde ist echt, wenn auch der zuständig gewesene Aussteller wissentlich eine unwahre Thatsache in derselben als wahr beglaubigt hat". Daraus folgert ihm John hypothetisch nach: „dafs, wenn diese Sätze richtig sind, sich aus ihnen die Konsequenz ergiebt, dafs ein Kaufmann, der in sein Handelsbuch wissentlich falsche Eintragungen und von diesen Gebrauch macht, um den Gegnern benachteiligende Beweisergebnisse herbeizuführen, sich einer Urkundenfälschung nicht schuldig machen könne. Aber ebenso unzweifelhaft ist auch die Konsequenz, dafs, wenn der Protokollführer in einem Protokoll über gerichtliche Verhandlungen gewisse Vorgänge bekundet, welche sich nicht zugetragen haben, ein solches Protokoll ein echtes sein würde. Und da es der Natur der Sache nach nicht wohl möglich ist, einem echten Protokoll gegenüber den „Nachweis der Fälschung" zu führen, so würden auch Z.-P.-O. § 150 und St.-P.-O. § 244 solchen Protokollen gegenüber unanwendbar, und nur für solche Fälle anwendbar bleiben, in denen das Protokoll von einer dritten Person gefälscht wäre". Die Unterschiebung eines Trugschlusses liegt darin, dafs, was John hier verkannt hat, der Begriff der Fälschung in den beiden Prozefsgesetzen ein weiterer als in § 267 R.-St.-G.-B. ist, indem er aufser den Thatbestand des § 267 und 270 R.-St.-G.-B. auch den der Herbeiführung falscher Beurkundung in §§ 271, 348 u. 349 R.-St.-G.-B. mit umfafst — eine Konsequenz des aus Art. 146 code pénal entlehnten und beharrlich von der preufsischen Strafrechtspraxis mit in die neuere Strafgesetzgebung und Praxis herüber geschleppten Begriffes der materiellen bez. der s. g. intellektuellen Urkundenfälschung, dessen Unhaltbarkeit Verf. in seiner Monographie: Lüge, Fälschung, Betrug, Jena, 1862. Teil II. S. 295 ff. und später in Goltdammers Archiv nachzuweisen versucht hat, besonders gegen die Abhandlung Goltdammers das. III. S. 748—791. — Die heutige deutsche Gesetzgebung (Überschrift des Abschnitts 23 des R.-St.-G.-B.: „Urkundenfälschung"!) kennt nicht blos eine Fälschung an der spezifischen Form der Echtheit der Gewährschaften der Treue und des Glaubens, sondern auch an deren Inhalt, besonders der Urkunden (bei aller Wahrung jener Form-

erreicht, wenn sie gegen eine Pseudokritik geführt ward, gewöhnlich einen um so durchgreifenderen Sieg, d. i. die Stärkung der ursprünglichen Beweisführung.

2. Die Widerlegung ist eine volle oder eine abgeschwächte, je nach ihrer Wirksamkeit; in letzterer Beziehung ist sie eine Entkräftung oder Abschwächung der Argumente, im ersteren eine Aufhebung ihrer Beweiskraft. Man spricht der Argumentation vorläufig eine gewisse Stärke oder

echtheit) und hat auch die Bewirkung einer Falschheit am Inhalt der Urkunden, also die schriftliche Lüge oder Wahrheitsentstellung, Unterdrückung und Bewirkung solcher bei Abfassung von Urkunden u. s. w. als Fälschung i. w. S. behandelt; dieser Umstand aber kann nicht beseitigen, dafs der Begriff der Echtheit, welche die formelle Gewähr für die Beweisfähigkeit einer Urkunde begreift, aufserhalb der Wahrheit des Bekundeten, des Urkundeninhalts steht und stehen bleiben mufs, weil dies zwei verschiedene Begriffe sind, welche sich so wenig verschmelzen lassen, wie Form und Inhalt, sehr wohl aber in einer Negative oder einem gegensätzlichen Begriff der Fälschung, sowohl an der Form, als auch am Inhalt zusammentreffen können; dort ist es das Beweismittel, hier der Beweisgrund, an welchem eine Fälschung der Glaubwürdigkeit (als vereinigender Begriff für die Echtheit der Form und Wahrheit des Inhalts einer Urkunde) verübt wird. Also wenn v. Buri die Echtheit der Urkunde und zwar der öffentlichen gegenüber der Wahrheit der bekundeten Thatsache als das Angriffsobjekt der Fälschung (jedenfalls im §§ 267 und 268 R.-St.-G.-B.) betonte, so wurde ihm unzutreffend die obige Schlufsfolgerung untergelegt, dafs an dem Inhalt einer Urkunde eine Fälschung nicht möglich und nach jener Betonung der „Nachweis der Fälschung“ im Sinne des § 150 Z.-P.-O. und § 274 St.-P.-O. ausgeschlossen sei. Nach der heutigen Gesetzgebung kann man auch mit John den Satz für richtig halten, dafs, wer zu Beweiszwecken eine Urkunde mit falschem Inhalte anfertigt, in vulgärem Sinne eine falsche Urkunde „angefertigt“ hat, d. h. aber nicht, wie John meint, nur im Sinne des § 267 St.-G.-B. (unrichtige Prämisse), sondern auch im Sinne der §§ 270, 271, 348, 349 R.-St.-G.-B. (Fälschung am Inhalt, materielle und sonst s. g. intellektuelle Urkundenfälschung im Gegensatz zu der nach § 267 St.-G.-B. an der spezifischen Echtheitsform verübten.) Der Trugschlufs lag also nicht auf seiten v. Buri's, sondern liegt auf seiten des Kritikers John und ist von diesem wahrscheinlich jenem imputiert, indem jenem aus einer (von John für unrichtig gehalten) richtigen Prämisse die Ziehung einer unrichtigen Schlufsfolgerung deshalb zur Last gelegt wurde, weil „der Nachweis der Fälschung“ von John als zu eng und im Widerspruch mit v. Buri's Urkundenbegriff stehend bezeichnet worden war; denn v. Buri kann es nicht einfallen, die in §§ 270, 271, 348 und 349 St.-G.-B. gekennzeichneten strafbaren Handlungen, welche in der Überschrift des 23. Abschnittes des St.-G.-B. als „Urkundenfälschung“ bezeichnet sind, davon ausschliefsen zu wollen.

Anerkennung nicht ab, aber stellt sie doch als eine nur scheinbar beweisende dar, indem man von den Eigenschaften oder Merkmalen der Beweisstärke eine nach der anderen beseitigt, bis nur wenige übrig bleiben, welche die Aufrechterhaltung des Schlufsurteils zweifelhaft machen oder ganz unmöglich erscheinen lassen. Es läfst sich hierbei derselbe Weg betreten, den der Beweisführer betreten hatte, der Induktion, des Syllogismus u. s. w.; man kann die synthetische oder analytische Methode gegen die eine oder andere gleiche oder gegen die entgegengesetzte anwenden, indem man, wenn der Gegner progressiv argumentiert hat, regressiv vom Schlufsurteil zu den Vorderurteilen zu gelangen bemüht ist und den falschen Ausgangspunkt zeigt, oder umgekehrt zu dem falschen Schlufspunkt gelangt und so die Unhaltbarkeit der gegnerischen Beweisführung zeigt.

Es ist anerkannt*), dafs es keine besondere Klasse der Widerlegungsargumente gebe, sondern dafs nur die Art der Anwendung zur Begründung oder Widerlegung einer Behauptung ein Argument zum Widerlegungsgrund mache, und es kommt oft vor, dafs ein zu ersterer verwendetes Argument vom Gegner als Widerlegungsmittel gebraucht wird. Daran schliefst sich eine gewisse, oft gesuchte Taktik, wie man sagt: „den Gegner mit seinen eigenen Waffen zu schlagen“, indem man ein von ihm gebrauchtes Argument gegen ihn bei der Widerlegung verwendet, was gewandte Dialektiker gern zu thun pflegen, indem sie auch dieselben Wendungen und Ausdrücke des Gegners gebrauchen und sie plötzlich, wie man sagt: „umkehren“. Hiergegen mufs man mit aller Achtsamkeit auf der Hut sein und, um den Schein einer erfahrenen Widerlegung zu vermeiden, bei der Wahl der Ausdrücke für Argumente, welche leicht herumgedreht werden könnten, alle Vorsicht anwenden.

Noch gefährlicher ist ein wirklicher oder auch nur schein-

*) Schon von Aristoteles, Rhetor. II. Vergl. § 17 Abs. 3 in Teil I. S. 97.

barer Widerspruch*), welchen ein Redner im Eifer der Ausführung hat zu tage treten lassen — bewufst oder unbewufst. Hierin ist dem Gegner eine, oft mehr als verdient, vorteilhafte Waffe gegen die Beweisausführung in die Hand gegeben, zumal deren Gebrauch doppelschneidig ist; einmal mufs der Widerspruch, wenn er durchgeschlüpft ist, zugegeben und aufgeklärt werden, sofern dies möglich und erklärbar zu machen wäre, dann aber bleibt immer noch der Verdacht zurück, dafs die Sache „nicht ganz richtig" sei — tamen aliquid haeret —; gegen einen vom Gegner vorgeworfenen Schein des Widerspruchs ist die Abwehr immer noch leichter, weil bekanntlich „der Schein trügt" und der abwehrende Teil denselben um so leichter nachweisen kann, als andererseits den Gegner leicht der Vorwurf treffen dürfte, er habe nach einem solchen Widerspruch als Handhabe zu einem Angriff gegen die Beweisführung gesucht und den Schein zur Widerlegung benutzt.

Im Grunde ist jede Beweisführung für eine Schlufsfolgerung auch eine Widerlegung jeder entgegengesetzten Schlufsfolgerung**). Dies beruht auf der Eigentümlichkeit des logischen Gegensatzes, woraus das Verständnis des Unterschiedes zwischen dem bejahenden und verneinenden Urteile und zwischen affirmativen und negativen Merkmalen hervorgeht. In der Beilegung eines Prädikates an ein Subjekt besteht die allgemeine Urteilsform. Jeder Urteilsinhalt kann ohne wesentliche Veränderung seines Sinnes teils auf direktem Wege durch Zusprechung des dem Subjekte beizulegenden Prädikates, teils auf dem indirekten durch Absprechung des dem beizulegenden entgegengesetzten verwirklicht werden. Die Vergleichung des Prädikates mit dem Gegenstand, dem es beizulegen wäre, bildet die Urteilsfrage; das darauf ergehende assertorische

*) Das Undenkbare des Widerspruchs besteht nur darin, dafs entweder auf direktem oder indirektem Wege je zwei einander entgegengesetzte Prädikabilien zu gleicher Zeit und in der gleichen Beziehung einem Gegenstand zugesprochen werden; nur insoweit gilt das logische Denkgesetz von der Unvereinbarkeit entgegenstehender Bestimmungen unter einander; s. E. Reinhold a. a. O. S. 36.

**) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 54.

Urteil wird vor dem Bewufstsein logisch nur zulässig, wenn die Beziehung oder Grundbestimmung, unter der das Prädikabile einer anderen Bestimmung oder einer Mehrzahl anderer entgegensteht, nicht von dem zu subjizierenden Gegenstand für unsere Auffassung ausgeschlossen ist. In der affirmativen oder negativen Beantwortung jener Urteilsfrage liegt der Ausspruch, dafs das Subjekt unter jener Grundbestimmung steht, und zwar hat die Negation die notwendige Bedeutung, dafs ein unter die Grundbestimmung fallendes, dem negierten Prädikat entgegengesetztes Prädikat dem Subjekte — indirekt — zuerkannt wird. Wie nun die Bejahung bestimmt oder innerhalb gewisser Grenzen unbestimmt sein kann, ebenso die Verneinung, und zwar eine bestimmte Verneinung, wenn das abgesprochene Prädikabile einem anderen kontradiktorisch entgegensteht, eine unbestimmte, wenn das abgesprochene Prädikabile zwei oder mehreren anderen Prädikabilien konträr entgegengesetzt ist, wobei die Grundbestimmung und eins der übrigen Merkmale, die unterhalb jener dem abgesprochenen entgegengesetzt sind, feststeht, aber unentschieden bleibt, welches dem Subjekte zukommt*).

Hieraus ergiebt sich der unmittelbare Anschlufs der Widerlegung an die Beweisführung. In Rechtssachen schliefst sie sich an die dreifache Richtung der Verteidigung an: negative Einlassung, juristische Gegendeduktion und Einrede, letztere in dem Sinne des Vorbringens einer oder mehrerer Thatsachen, „welche zwar mit dem thatsächlichen Grunde der Klage nicht in Widerspruch steht, jedoch einen anderweit rechtlichen Schlufs begründet, wodurch der vom Kläger gezogene Schlufs, auch wenn er an sich richtig sein sollte, wieder aufgehoben wird“ **). Ganz entsprechend auch im heutigen Strafverfahren; während die direkte Entlastung in einem unmittelbaren Angriffe auf die Beweise der Anklage besteht, indem sie deren Inhalt verneint und entweder den

*) E. Reinhold a. a. O. S. 34.

**) K. Reinhold a. a. O. S. 198.

einzelnen Beweismitteln. die Glaubwürdigkeit abspricht (rein kritische, wie unter Abs. 1 erwähnt), oder Gegenbeweise vorbringt, durch Wahrscheinlichmachung von Thatsachen, welche mit den der Anklage im Widerspruch stehen und deshalb dieser ihre Verläſslichkeit nehmen, wobei die Widerlegung schon genug gethan hat, wenn sie den zu erbringenden Anklagebeweis abschwächt und entkräftet, läſst die indirekte Entlastung den Inhalt der Anklage unberührt, verneint ihn nicht, ja giebt ihn sogar zu und macht einen selbständigen Rechtsanspruch des Angeklagten auf Straflosigkeit aus prozessualen oder materiell rechtlichen Gründen, mindestens ein Recht auf mildere Bestrafung, als beantragt worden, geltend. Verneint die Verteidigung die Anklage, so genügt der Nachweis, daſs die Anklagebeweise nicht soweit erbracht seien, die Annahme des Gegenteils auszuschlieſsen; bei dem Vortrag selbständiger Behauptungen zur Widerlegung und Ausschlieſsung bez. Abminderung des Strafanspruchs reicht die Wahrscheinlichmachung der Behauptungen aus*). Der Indizienbeweis ist diejenige logische Beweisart, welche die meiste Veranlassung zur Entkräftung der Indizien und zur Widerlegung der daraus gezogenen Schluſsfolgerungen giebt; sobald der Beweis des Bestehens der anzeigenden Thatsache mangelhaft ist, kann der daran geknüpfte Schluſs nicht bestehen, daher wird mit der Abschwächung jenes Beweises der Grund zur Beseitigung der Folgerung gelegt; ist der anzeigende Umstand erwiesen, so dreht sich die Widerlegung des daran geknüpften Schlusses um die Frage, ob die Beziehung zwischen ihr und dem Beweissatz sich auch auf eine andere durch den Zusammenhang, Vernunft und Erfahrung gestützte Weise erklären läſst, denn jede haltbare andere Erklärung beraubt die vom Gegner gebrachte ihrer Wirksamkeit; ganz besonders rücksichtlich des logischen Beweises durch Indizien der Belastung wirkt die Widerlegung bis zur vollen Entkräftung, wenn auch nur wahrscheinlich gemacht wird, daſs die Indizien auch auf einen

*) Frydmann a. a. O. S. 190 ff.

anderen Thäter hinweisen können oder sogar bestimmt hinweisen. Bei einem aus mehreren Indizien und Schlufsfolgerungen zusammengesetzten Beweise wird die Widerlegung sich nicht blos auf die Unzulässigkeit eines Schlusses aus der einzelnen Anzeigung zu erstrecken haben, sondern auch auf den Nachweis des erklärbaren (zufälligen) Zusammentreffens, des Mangels einer notwendigen oder auch nur wahrscheinlichen Verbindung der einzelnen Anzeigen mit einander.

Das Übergewicht der Wahrscheinlichkeiten und des natürlicher Erklärbaren ist die Hauptwaffe der Widerlegung; die Entscheidung darüber, wo die gröfsere Gewähr für eine Annahme liege, soll vorbereitet werden und dahin arbeitet überhaupt die Beweisführung.

§ 55.

K. Anordnung in der Beweisausführung.

Von den Regeln, welche die Rhetorik rücksichtlich der zweckmäfsigsten Anordnung der Beweisausführung aufgestellt hat, verdienen die hauptsächlichsten auch Berücksichtigung in der gerichtlichen Redekunst; sie sind mehr äufserlicher Natur und auch nicht gerade durchweg anerkannte, woraus sich ergiebt, dafs ihre Verwendung ganz von dem Gegenstand und dem Wissensbereich, über welchen eine Rede sich verbreitet, bedingt wird, wie die aller übrigen Regeln. Gegenüber der grofsen Mannigfaltigkeit der einzelnen Fälle ist für die Stofforlnung in der Beweisführung das theoretische Wissen, ein systematisch gebildeter und dabei praktischer Geist und eine ausgebildete Unterscheidungsgabe die wesentliche Voraussetzung der guten Anordnung des Beweisstoffes, sowie einer übersichtlichen und leichten Verständlichmachung der einzelnen Beweisgründe zu den einzelnen Streitfragen. Diese müssen den Kern jeder Beweisführung, den Ausgangs- und den Schlufspunkt der Ausführungen bilden*), und je mehr ein Redner an

*) Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 94 bemerkt darüber: „Hat man seine Beweisgründe schicklich gewählt, so ist es einleuchtend, dafs

systematisches Denken und Arbeiten gewöhnt ist, desto leichter wird es ihm fallen, die Streitfragen unter einander bei der Entwerfung des Redeplanes in die sachlich und logisch richtige Folge zu stellen und um jede derselben das erforderliche Beweismaterial zu gruppieren und es zu einer erforderlichen Schlufsfolgerung in der Kette der Mehrheit von Beweisergebnissen einzustellen. Der oberste Gesichtspunkt für eine gute Beweisanordnung wird der sein, dafs das Zusammengehörige nach seinen Beziehungen (Kausal- und Bedingungs-Begleit- oder Folge-Zusammenhang) in zunächst unmittelbarer und dann in mittelbarer Nähe zusammengefafst werde und dafs hierbei eigene und gegnerische Beweisgründe in gegenseitiger Abwägung gegen einander ihre kurze Besprechung finden — stets im Anschlufs an die voran zu stellende Streitfrage. Die schon mehrfach erwähnte Kombinationsmethode verdient den Vorzug vor der Separationsmethode, weil jene nur nach dem inneren Zusammenhang der einzelnen zu verbindenden Glieder die Anordnung trifft, diese dagegen nach äufseren Gesichtspunkten die Einzelheiten ordnet und daher der Auffassung und geistigen Verarbeitung nicht jene Durchsichtigkeit und Eindringlichkeit verschaffen kann, wie die ersterwähnte Methode. Es gilt für die Redekunst dasselbe wie für die s. g. Referierkunst und daher sind gerade deren Regeln weit mehr von Bedeutung für die beste Anordnung der Beweisausführung in Gerichtsreden, als die mehr äufserlichen der Rhetorik, von welchen letzteren nur folgende zu erwähnen sind:

ihre Wirkung hauptsächlich von einer Stellung und Anordnung derselben abhängen wird, vermöge welcher sie einander nicht verwirren und im Wege sind, sondern sich gegenseitig unterstützen und in der schönsten und besten Richtung auf einen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt hinstreben.“ Whately-Hildebrand a. a. O. S. 49 meinte, dafs die Stellung und Reihenfolge der Argumente in der Rhetorik so folgenschwer sei, wie die Disposition der Truppen in der Kriegskunst; hier mache, wie allbekannt, bei gleicher Zahl, Gattung, Disziplin und Tapferkeit der Truppen, die Art ihrer Aufstellung, ob so, dafs sie sich gegenseitig behindern und belästigen, oder so, dafs sie sich gegenseitig unterstützen, oft den ganzen Unterschied zwischen Sieg und Niederlage aus.

a. Nach der Auffindung der Beweisgründe soll man eine Auslese der wichtigsten und durchgreifendsten halten*) und dabei sich durch Hineinversetzung in die Vorstellungen derer, zu denen man vorzugsweise redet und deren Überzeugung man gewinnen will, klar machen, welchen Eindruck etwa die auszuwählenden Beweisgründe auf die Zuhörer machen möchten. Mehr zu behaupten, als man gut beweisen kann, ist stets gefährlich, da eine Widerlegung eines unhaltbaren Teiles einer Behauptung durch den Gegner leicht den ganzen Beweis über den Haufen werfen kann; man macht nicht selten die Erfahrung, dafs ein Schuldiger deshalb seiner Verurteilung entgeht, weil der Ankläger ihm zuviel zur Last legen will, was er ihm nicht nachweisen kann, oder dafs ein Angeklagter verurteilt wird, weil etwa der Verteidiger zuviele Zeugenaussagen und zwar ohne allen Wert beigebracht hat, vollends bedenkliche, welche den Klienten eher kompromittieren als entlasten, während eine einzige, das Ziel erreichende Aussage von Gewicht schon genügen würde. Ungebildete Zuhörer mögen sich vielleicht von der Masse vorgetragener Beweisgründe täuschen lafsen, weil sie meinen, an dem Vielen müsse doch etwas wahr sein, und vor Geschworenen von geringer Bildungsstufe mag viel auch etwas helfen, den Gesamteindruck zu bearbeiten, wenn nicht ein oder zwei durchschlagende Beweisgründe das Ziel kürzer und leichter zu erreichen vermögen. Man bekommt daher gerade vor Geschworenen die weitschweifigsten und bedeutungslosesten Beweisausführungen zu hören, wenn es an durchgreifenden Beweisgründen fehlt; dieses oft stundenlange Abmühen im Aufführen von Beweis- und

*) Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 100 warnt vor zu weiter Ausdehnung der einzelnen, aber auch vor zu grofser Häufung der Beweisgründe, weil dadurch einerseits das Gedächtnis beschwert, andererseits die Gewinnung einer Überzeugung erschwert werde, welche wenige, aber wohl gewählte Beweise hervorbringen würden. Wenn ein Redner bei einem Lieblingsbeweise lange verweile und denselben von allen möglichen Seiten beleuchte, so geschehe es fast immer, dafs er durch eben dieses Bestreben ermüde, gegen das Ende matt werde und weit hinter der Wärme und dem Nachdruck zurückbleibe, mit welchem er angefangen.

Widerlegungsausführungen ist für die Richter eine der schwersten Amtsqualen und beruht auf seiten der Parteiredner auf einem gänzlichen Verkennen der Aufgaben und Ziele der gerichtlichen Redekunst — wenn nicht auf Berechnung.

Eine rednerische Schwäche ist es auch, gegnerische Einwürfe, die offenbar unwiderleglich sind, bekämpfen oder eigene, aber unhaltbare Beweisbehauptungen mit allen Kräften aufrecht erhalten zu wollen; ein solcher Kampf „gegen Windmühlen“ erweckt den Verdacht der Rechthaberei und Unfehlbarkeit oder sogar des unehrlichen Rabulisten, mindestens der rednerischen Parteileidenschaftlichkeit und im günstigsten Fall einer Eitelkeit, dafs der unterliegende Teil nicht mit dem Schein, nachzugeben oder zu widerrufen, sich aus dem Kampf zurückziehen müsse. Es ist jedenfalls geratener, aufrichtig und ehrlich einzugestehen, was überhaupt nicht oder nach gegnerischer Kritik und Widerlegung nicht mehr halt- und durchführbar erscheinen mag; eine solche Offenheit erweckt, besonders bei den Laienrichtern, nur Vertrauen und findet allseitig Anerkennung und Geneigtheit, dasjenige, was dagegen haltbar und wahr ist, um so mehr zur Geltung kommen zu lassen*).

b. Ehrlichkeit wie Klugheit gebieten auch die vom Gegner angeführten Einwendungen, sofern man sie beantworten kann und will, vollständig anzuführen, weil man sich sonst dem Verdacht aussetzt, dafs durch nur teilweise Beantwortung das Nichterwähnte unterschlagen werden solle oder nicht beantwortet werden könne und deshalb unwiderlegbar sei. Dabei ist das aus dem Zusammenhang Gerissene, wenn es angegriffen oder widerlegt wird, gerade als solches herausgerissenes Stückwerk zu kennzeichnen und die Taktik des Gegners bloszulegen durch den Nachweis, welche Bedeu-

*) Das Zugeständnis eines Irrtums oder Unrechts wird nicht selten sogar höher angerechnet als es verdient war, und daher benutzen Sophisten zuweilen ein offenherzig abgegebenes Eingeständnis eines Fehlers, um sich für unzutreffende Behauptungen um so eher Glauben zu verschaffen: Whately-Hildebrand a. a. O. S. 62.

tung jenes gerade in dem Zusammenhang habe, wodurch ein Argument oft zur gröfseren Geltung kommt, als es der Gegner erwartet hatte und kommen lassen wollte. Wie im Vorgehenden vor allzu grofser Ausdehnung der Argumentierung gewarnt wurde, so ist auch vor einer zu eifrigen Widerlegung zu warnen. Man soll den Beweisgründen des Gegners nicht eine Bedeutung beilegen, welche ihnen nicht beiwohnt, indem man sich mit ihnen zu umständlich beschäftigt oder sie sonst als besonders beweiskräftig darstellt oder indirekt durch eine umfangreiche Widerlegung die Beurteiler allzu sehr aufmerksam auf das zu widerlegende Argument macht. Nicht mit Geringschätzung sollen die gegnerischen Beweisführungen behandelt, auch nicht, wie man sagt, „tot geschwiegen“ werden, aber knapp und energisch mit den handgreiflichsten Gegengründen und Hervorhebung der Hauptschwächen ist zu antworten oder zu widerlegen*). Hat man es aber mit Vorurteilen oder nachgebeteten Überlieferungen zu thun, deren Unrichtigkeiten nachgewiesen werden müssen, dann mufs man mit aller Schlagfertigkeit die Unhaltbarkeit darthun, vollends wenn der Gegner zu seiner Rechtfertigung sich auf Autoritäten der Wissenschaft und Praxis beruft, und hier ist natürlich ein längeres und energisches Auseinandersetzen am rechten Platze**).

*) Ein Fehler der gelehrten Praktiker besteht darin, dafs sie sich aus zu grofser Gründlichkeit verleiten lassen, neben den Hauptpunkten liegende Seitenfragen hereinzuziehen oder nur zu streifen, wobei sie leicht in Doktrinarismus verfallen, der zuweilen ganz interessant werden kann, wozu aber die Zeit und Geduld der Richter nicht ausreicht. Die s. g. „akademischen Fragen“ müssen grundsätzlich hier ausgeschlossen werden.

**) Wohl mit Rücksicht auf die parlamentarische Redetaktik empfiehlt Whately-Hildebrand a. a. O. S. 66 da, wo tief eingewurzelte Vorurteile zu bekämpfen seien, oder wo es gelte, unpopuläre und paradoxe Wahrheiten zu behaupten, solle man gerade soviel und nicht mehr vorbringen, wie zur Sicherstellung des Beweises erforderlich sei, indem man seinen Zweck viel wirksamer erreiche, wenn die Leute nur dazu gebracht würden, die vorgetragene Ansicht für wahrscheinlicher als die gegnerische zu halten, als wenn man durch eine Unzahl der stärksten Argumente zu beweisen fortfahre, dafs unsinnig sei, eine andere Ansicht zu haben, bis man die Eigenliebe der einen verletzte oder das Mifstrauen der anderen geweckt habe.

c) Um nicht in den Fehler der Verwickelung durch Vorbringen zu vieler Argumente zu verfallen, erscheint es oft zweckmäfsig, ja unerlässlich, einzelne Schwerpunkte voraus zu besprechen und andere sich daran knüpfende Nebenpunkte einstweilen ausdrücklich aufser Betracht zu stellen oder einen Teil der Beweisfragen „zu vertagen“, wie dies bei Beweisen der Mathematik oftmals geschieht; nur darf man das Nachbringen der in Aussicht gestellten Beweise nicht selbst vergessen oder etwa absichtlich unterlassen, um sich nicht den Vorwurf zuzuziehen, aus Mangel an Beweisgründen die Beweisführung ausgesetzt gelassen zu haben*). Ein derartiges Versprechen eines Beweises mufs an einer passenden Stelle erfüllt werden; man darf einen zugesagten Beweis nicht „schuldig bleiben“ und kann sich selbst und die Zuhörer im Laufe der Ausführungen gelegentlich an diese Erfüllung erinnern.

d) Die Rhetorik kennt zwei Methoden der Ordnung der Gründe für die Beweisführung:

α) Die analytische Behandlung besteht darin, dafs der Redner dem Zuhörer sorgfältig verbirgt, was und wie er beweisen will, bis er letztere allmälig zu der bezweckten Schlufsfolgerung hinführt, indem er von einer bekannten Wahrheit zur anderen überleitet, bis sich der Schlufssatz als natürliche Folge der Gedankenreihe fast von selbst ergiebt. Diese Methode, obschon die weniger oft angewendete, findet besonders in solchen Fällen ihren Platz, wo es gilt Vorurteile zu überwinden durch ein dem Zuhörer selbst unmerkliches Hinleiten zur Ueberzeugung**).

*) Vergl. Whately-Hildebrand a. a. O. S. 51 und 53. Die Vertröstung auf die Widerlegung gegnerischer Argumente wird von sophistischer Taktik gerne benutzt, um mit dem Versprechen siegreicher Widerlegung des Gegners sich für die eigenen Ausführungen Aufmerksamkeit zu verschaffen und diese von den gegnerischen Einwänden abzuziehen, so dafs eine unzureichende Erfüllung jenes Widerlegungsversprechens meist unbemerkt bleibt und die Einwendungen des Gegners an Gewicht verlieren.

**) Für den Beweis von Lehren hat Aristoteles diese Methode vielfach angewendet; auch zum Beweis unrichtig erscheinender Sätze

β) Die synthetische Methode ist die regelmäfsige und dem Gang der Gerichtsverhandlungen am angemessensten, indem hierbei vorangestellt wird, was man darthun will und dann solange Beweisgrund an Beweisgrund gereiht wird, bis man die erstrebte Ueberzeugung gewonnen zu haben meint*).

e) Von jeher ist es eine Streitfrage der Rhetorik gewesen, in welcher Reihenfolge die Beweisgründe, ob die schwächeren voran und die stärkeren zuletzt, oder umgekehrt, oder die schwächeren in der Mitte aufzustellen seien? Schliefslich war man dahin gelangt zu behaupten, dafs eine durchgreifende Regel für alle Fälle sich gar nicht aufstellen lasse, dafs aber möglichst eine Steigerung (Klimax) vom schwächeren zum stärkeren Beweis einzuhalten, andererseits wenigstens eine „Antiklimax“ zu vermeiden sei**).

ist sie zu empfehlen. Socrates bediente sich gegen die Sophisten einer ähnlichen Methode und zwar mit einer bewundernswerten Kunst. Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 92, 93.

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 106 nennt, wie auch andere, diese Methode umgekehrt die „analytische“, indem das vorgesteckte Ziel die einzuschlagende Richtung der Beweise und die davon zu erwartende Befriedigung im Voraus angekündigt werde, um die Ungeduld der Zuhörer zu befriedigen. Vergl. auch Mittermaier a. a. O. § 114 ff. rücksichtlich der Verteidigung u. Frydmann a. a. O. S. 334. Aristoteles hat sich über die Reihenfolge der Argumente nicht ausgesprochen, aber man kann erkennen, dafs die Schlufsfolgerung vorangestellt und nachher die Voraussetzung folgen solle, wie bei den Beweisen der Mathematik. Cicero hat darüber keine Regeln aufgestellt.

**) Cicero de oratore II. 77: In illo reprehendo eos, qui, quae minime firma sunt, ea prima collocant. Res enim hoc postulat, ut eorum exspectationi, qui audiunt, quam celerrime occuratur; cui si initio satisfactum non sit, multo plus sit in reliqua parte laborandum. Male enim se res habet, quae non statim, ut dici coepta est, melior fieri videtur. Ergo in oratione firmissimum quodque sit primum, ut ea, quae excellunt, serventur, etiam ad perorandum; si quae erunt mediocria (nam vitiosis nusquam esse oportet locum) in mediam turbam atque in gregem conjiciatur. Quintilianus l. c. V. 12: Firmissimis argumentorum singulis instandum, infirmiora congreganda sunt; quia illa per se fortia non oportet circumstantibus obscurare, ut qualia sunt, appareant; haec imbecilla natura mutuo auxilio sustineantur. Quaesitum etiam, potentissima argumenta primo reponenda sint loco, ut occupent animos, an summo, ut inde dimittant: an partita primo summoque, ut in medio sint infirma: an a minimis crescant? Quae prout ratio causae cujusque postulabit ordinabuntur, uno (ut ego censeo) excepto, ne a potentissimis ad levissima decrescat oratio. Bei

Soll man sich für eine der von den Rhetorikern gegebenen Regeln entscheiden, so empfiehlt sich Cicero's Rat: die schwächsten Beweisgründe zwischen die stärkeren einzuschalten dann, wenn es an Beweisgründen fehlt, welche stark genug sind, für sich allein beweiskräftig zu wirken, sodafs nur von ihrem Ineinandergreifen und Zusammenwirken mittels geschickter Anordnung sich ein Erfolg, zumal im Gesamteindruck erwarten läfst. Im übrigen mag Quintilians Auffassung sich empfehlen, dafs je nach der Eigentümlichkeit der Streitfragen und ihrer Beweismittel die eine oder andere Anordnung vorzuziehen sei; Vertreibung von Vorurteilen oder Abschwächung der Wirkungen der vorangegangene Rede mag es begründen, einen entscheidenden Beweisgrund voranzu-

Blair-Schreiter a. a. O. III. S. 96 ff. finden wir noch andere Unterschiede gemacht; es wäre die gewöhnliche Regel die Einhaltung einer Klimax, besonders wenn der Redner eine durchaus unverdächtige Sache aus vollster Überzeugung ihrer Gerechtigkeit führe, da er es hier wagen dürfe, mit schwachen Gründen anzufangen, stufenweise mit den stärkeren fortzufahren und die ganze Beweisstärke erst zuletzt zu zeigen, um nun auf die vorbereitete Überzeugung mit aller Macht zu wirken; indessen allgemein giltig könne diese Regel doch nicht sein, vielmehr müsse ein Redner, der seiner Sache nicht gewifs sei und etwa nur einen Hauptbeweis habe, worauf er das meiste Gewicht lege, diesen an die Spitze stellen, um die Zuhörer gleich im voraus damit für sich zu gewinnen, etwaige Voreingenommenheiten zu beseitigen und dann für die Annahme der übrigen Gründe eine gröfsere Geneigtheit zu finden. Whately-Hildebrand a. a. O. S. 66 will die handgreiflichsten Argumente und solche, die einem naturgemäfs zuerst einfallen, an die Spitze der Beweisführung gestellt wissen; eine Abweichung von dieser offenbar natürlichsten Anordnung sei nicht zu empfehlen, nur wenn die stärksten Argumente auch die augenfälligsten seien, möchten sie voranstehen, dann aber müsse man, eingedenk der militärischen Taktik des Nestor, die besten Truppen vorn und hinten und die schwächeren in der Mitte aufzustellen, in umgekehrter Reihenfolge, um den Schein einer Antiklimax zu zerstören, kurz rekapitulieren. Die Widerlegungen gegnerischer Einwürfe müfsten in der Mitte der Argumente, jedoch deren Anfang näher als dem Ende zu stehen kommen; ratsam könne es sein, mit der Widerlegung zu beginnen, wenn die Einwürfe gewichtig, gewöhnlich oder kurz vorher vom Gegner geltend gemacht werden, allerdings könne es seine Schwierigkeiten haben, bevor man seine ganze Beweisführung für die eigene Ansicht entwickelt habe, die feindlichen Ansichten zu widerlegen, aber es könne sich doch zweckmäfsig erweisen, nach der Art des Aristoteles, sie wenigstens kurz anzuführen, mit dem Versprechen, sie weiterhin gründlich abzuthun.

stellen, andernfalls aber, wenn man ein freies und sicher zu betretendes Feld vor sich hat, wird man einen Beweisgrund in steigernder Folge an den andern knüpfen*). Jedenfalls wird vor Laienrichtern im ersteren Falle am Schlufs eine Zusammenfassung der stärksten Argumente zur Gewinnung des Gesamteindruckes stattfinden müssen. Wie aber schon bemerkt, bestimmt sich hauptsächlich die Anordnung der Reihenfolge der Beweisgründe durch die in der Natur der Sache bez. des Rechtsfalles gegebenen Beziehungen der einzelnen Thatumstände und durch die logische Gedankenfolge. An die historischen Beweise knüpfen sich als an die Voraussetzungen erst die kritischen und logischen Schlufsfolgerungen und dabei kann es sich erst in zweiter und dritter Linie um die rhetorische Wirkung aus der Stellung eines stärkeren oder schwächeren Beweises handeln. Ein Beweisgrund und zwar von ergänzender und aushelfender Natur ist es, welcher vermöge dieser Natur an den Schlufs der Argumentation gesetzt zu werden pflegt; das ist der unbeschreibbare „Gesamteindruck“, welcher dieselbe Stellung auch in den Urteilsgründen zu erhalten pflegt, der sich oft in dem „persönlichen Eindruck“, welchen Parteien im bürgerlichen Prozefs und Privatanklageprozefs, der Angeklagte im Strafprozefs, und die Auskunftspersonen in beiden Prozefsarten

*) Schall u. Boger a. a. O. S. 105 ff. Der Begriff der Stärke und Schwäche der Beweisgründe wird gewöhnlich nicht mit Rücksicht auf deren Zweck bestimmt, sondern nach der Befriedigung, welche sie der Urteilskraft für eine Überzeugung gewähren; also nach der Wirksamkeit der Beweisgründe sagt man, sie sei schwach oder stark. Der Befriedigung dienen namentlich die Argumente von Ursache auf Wirkung, der Überwältigung einer Gegnerschaft die der anderen Klasse aufserhalb jener; vergl. § 53. In einem Widerstreit ist jedoch ein Argument, das die meiste Befriedigung gewährt, nicht auch immer das gewichtigste, und umgekehrt sind, z. B. die aus der Analogie entnommenen, unwiderleglichsten Argumente oft nicht so ansprechend und befriedigend. Es kann hierbei doch schliefslich nur auf die objektiv überzeugende Beweiskraft ankommen, ohne Rücksicht auf die Wirkung des einen oder anderen Arguments auf den einzelnen Beurteiler. Zwischen Staats- und Volksrichter wird ein Unterschied hier allerdings wohl zu machen sein rücksichtlich der Wirkung einzelner Argumente.

machen, spezialisiert. Man bezeichnet darunter, wie in § 50 dargelegt wurde, Einwirkungen der Anschauung und Vorstellung namentlich von Personen und Handlungen, welche man nicht auf klare Gründe des Verstandesdenkens zurückführen kann oder mag, nämlich einzelne Beeinflussungen des Urteils aus dem Vorstellen überhaupt, für welche unsere Sprache, obschon sie sonst passende Wortbilder und Darstellungsformen bietet, keine entsprechende Ausdrucksweise hat, oder für welche wenigstens bei dem Beurteiler eine solche nicht zur Verfügung steht*).

f) Im Anschluss an das im § 36 über die Beweislast bez. Beweispflicht Vorgetragene mag hier nur kurz erwähnt werden, dass zu Anfang der Beweisausführung oder bei jeder Streitfrage besonders auch erwähnt werde, welchem Teil die

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 38 hat hier, wie an so vielen anderen Stellen, eine sehr treffende Beobachtung wiedergegeben: „Sieht man sorgfältig und unparteiisch zu, so findet man gewöhnlich, dafs man sein Urteil (wenn auch nicht absolut formiert) aber doch stark hat beeinflussen lassen durch das Aussehen, die Stimme, die Manieren, die Ausdrucksweise u. s. w. einer Person; lauter kleine Züge, die, wollte man sie als Gründe für seine Urteilsbildung öffentlich aussprechen, mindestens für frivol gelten würden, lediglich weil keine Sprache sie in adäquater Weise wieder zu geben vermag; und doch kann man sie nicht als unzureichend, wenigstens um den Anfang einer Urteilsbildung zu begründen, nennen, denn es giebt notorisch eine Menge kluger Leute, die sich durch solche Charaktersymptome leiten lassen und selten fehl gehen. Überall findet man Menschen, ohne Übung darin, ihre Gedanken schriftlich oder mündlich zu analysieren, die aber doch Leute von Mutterwitz und mit natürlichem Scharfsinn begabt sind und die in bestimmten Fächern sogar erhebliche Erfahrungen besitzen, und doch gemeinhin nicht imstande sind, genügende Gründe für ihre Urteile, selbst auf dem Felde, wo sie zuhause sind, anzugeben. Es ist dies eine Unvollkommenheit, deren Beseitigung oder Verminderung, Aufgabe des Unterrichts ist; und doch giebt es Gebiete, auf denen keine Gewalt und kein Reichtum der Sprache die feinen Wetterzeichen wiederzuspiegeln vermag, die für einen scharfen und geübten Beobachter bei der Bildung seines Urteils mafsgebend sind.“ Das Gesagte gilt ganz besonders von den Geschworenen, von denen die rechtsgelehrten Richter sich dadurch unterscheiden mögen, dafs sie dem Gesamteindruck möglichst wenig Einflufs auf die Urteilsbildung einräumen und die meisten Einwirkungen der Anschauung aus den Verhandlungen in klare Gründe auflösen und sprachlich auch in solchen wiedergeben möchten.

Beweislast zufalle oder inwiefern man sich veranlafst sehe, diese zu übernehmen, obschon sie dem Gegner aufliege, inwiefern die Frage über die Beweislast von Erheblichkeit sei, namentlich in den materiellen Folgen, wenn nichts bewiesen werden würde u. s. w.*).

g) Die rhetorische Regel, dafs ein Redner nicht die Reihenfolge der gegnerischen Beweisführung einhalten solle, da jene die dem Gegner günstigste sein werde und, wie anzunehmen, dann dem anderen Teil die ungünstigste, hat zwar in dem bekannten Prozefs wegen der Bürgerkrone, worin Äschines die Richter ersuchte, seinen Gegner an die Reihenfolge der von ihm aufgestellten Anklagepunkte zu binden, durch Demosthenes, der dieses Ansinnen für seine Klagebeantwortung entschieden ablehnte, indem er das Recht für jeden Redner in Anspruch nahm, seine Beweise nach freiem Ermessen ordnen zu dürfen, ihre autoritative Bestätigung erhalten und darf auch in vielen Fällen zu beachten sein. Allein oftmals ist die Anordnung der gegnerischen Beweisführung nur durch das Motiv der Übersichtlich- und Verständlichkeit des Stoffes und der Beweisergebnisse bestimmt und dann mag dieses auch für den anderen Teil mafsgebend sein. Gerade in beiden Arten des neueren Rechtsverfahrens, worin die Kampfweise durch gesetzliche Ordnung in regelmäfsige Schranken gewiesen ist, geben diese schon gewisse Reihenfolgen der Beweisführungen an die Hand, welche noch dazu durch eine ausgebildete Rechtsdoktrin unterstützt werden. Befolgen beide Teile derartige Folgen der Beweisgründe, so liegt darin nur die von der

*) Whately-Hildebrand a. a. O. S. 39 betont für die Beweisführung im allgemeinen, wie wichtig es sei, gleich von vornherein bei sich darüber Entscheidung zu treffen und die Zuhörer es wissen zu lassen, auf welcher Seite die Präsumtion und auf welcher die Beweislast liege, indem oft der ganze Charakter der Debatte davon abhänge; durch das Aufgeben der Position, in welcher man die Präsumtion für sich habe und die gegnerischen Argumente nur zu widerlegen brauche, liege ein Aufgeben der besten Argumente und werde der Schein eines matten Angriffs statt einer siegreichen Verteidigung erweckt.

Rechtsdoktrin gewiesene Taktik, welche jede Abweichung von jener alt-rhetorischen Regel rechtfertigt.

h) Endlich ist im Anschluss an die im § 53 Abs. 1 u. 2 erwähnte Klasseneinteilung der Argumente zu erwähnen, dafs die von Ursache auf Wirkung gewöhnlich der der zweiten Klasse angehörigen vorausgehen sollen. Das „Unplausible“ einer Behauptung wird dadurch beseitigt und damit wird weiter den ferneren Beweisgründen eine leichtere Aufnahme gesichert, aber auch in der natürlichen Zusammenhangsentwickelung begründet liegt es, dafs gemäfs dieser die Entstehung der Ereignisse erst und dann die weitere Folgenentwickelung gezeigt wird; so wird man in vielen Fällen der aus Bereicherungssucht entstandenen Handlungen zum Nachteil anderer zum Beweis dieser darstellen, wie die Vermögensverhältnisse in Verfall geraten waren oder wie die günstige Gelegenheit einer gewaltsamen oder betrügerischen Übervorteilung oder Vermögensvermehrung, z. B. bei den s. g. Industriebränden, benutzt wurde; man wird die daraus entnommene Beweisführung voraus stellen, um weiter zu zeigen, wie ein sonst unbescholtener Mann sich doch zu einer Handlungsweise hinreifsen lassen konnte, die ihm niemand zugetraut hätte. Dann erst, wenn das Motiv einer Handlung klar ist, lassen sich die Begleiterscheinungen um so leichter anreihen und werden um so erklärlicher, je enger sie sich an das vorausgegangene Argument von Ursache auf Wirkung anschliefsen, in welchem selbst ein Erklärungsgrund für die Lösung der Streitfrage gegeben zu sein pflegt. Jedenfalls wird durch die Voranstellung dieser Argumente jeder Zweifel darüber beseitigt, ob eine streitige Behauptung bewiesen werden oder ob sie als bewiesen angenommen nur erklärt werden soll; so kann z. B. der Staatsanwalt ein Zugeständnis eines Angeklagten als glaubwürdig darstellen, indem er beweist, wie sich die That psychisch entwickelt hat bis zur Ausführung des Entschlusses, womit er also den Entstehungs- und Erklärungsgrund noch den übrigen Beweisen nachliefert; andernfalls aber, wenn er bei nicht zugestandener Behauptung

der Thäterschaft diese mit dem Argument beweisen will, welches, falls sie zugestanden wären, als Erklärungsgrund gelten könnte, so wird dieses Argument denjenigen, welche der anderen Klasse angehören, voraussstellen müssen, um klar werden zu lassen, ob er die streitige Behauptung als bewiesen annehmen oder erst beweisen wolle und zwar aufser mit Argumenten a priori auch weiter mit anderen.

Bei Widerlegungen gegnerischer Behauptungen mittels Argumenten der zweiten Klasse darf auch zum Beweise der eigenen Behauptung ein Argument der ersten nachfolgen*). Überhaupt ist es nützlich, jenen Argumenten noch einen Erklärungsgrund für die schon ermittelte Wahrheit noch beizufügen, weil man, wenn die Wirkung feststeht, auch deren Ursachen kennen will, also den Zusammenhang der Dinge; würde umgekehrt eine Ursache allein nachgewiesen, so würde immer noch die Frage offen bleiben, ob gerade aus ihr oder nicht aus einer anderen die Wirkung entstanden, oder ob nicht der Eintritt der Wirkung noch durch Dazwischentreten von Umständen verhindert werden konnte; daher dienen die Argumente der zweiten Klasse („Zeichen und Merkmale", „Beispiele") dazu, nachzuweisen, dafs solche Umstände nicht hinderlich zu sein pflegen oder in der That kein Hindernis waren. Die Voranstellung jener Beispiele u. dgl. könnte den Schein veranlassen, als wären sie Ausnahmen von der Regel, während sie zur Verstärkung dieser sich begreifen, wenn die Ursache vorangestellt wird (Aristoteles).

2. Nach der Aufführung dieser allgemeinen und mehr formellen Regeln wenden wir uns zu den aus der allgemeinen Natur der Rechtsfälle sich ergebenden praktischen Hinweisen für die Beweisanordnung.

In vielen Fällen beschränken sich die beiderseitigen Beweisausführungen nur auf Streitfragen, welche dem Thatbestand entnommen sind; in den selteneren sind sie auch auf streitige Rechtsfragen zu erstrecken, und insoweit wird auf

*) Whately-Hildebrand a. a. O.

dasjenige verwiesen, was im § 34 Abs. 1 und im § 36 Abs. 1a vorgetragen worden ist.

a. Trifft Streitigkeit der That- und der Rechtsfrage in demselben Rechtsfall zusammen, so pflegt man richtiger und gewöhnlich dasjenige erst vorzutragen, was als zum Rechtssatz als Obersatz für den juristischen Schlufs (den Antrag) gehörig zu betrachten sei; namentlich ist auszuführen, von welchen Voraussetzungen das Gesetz (analog die lex contractus, testamenti u. s. w.) ausgegangen sein müsse oder möge, um dann zur Vergleichung der im fraglichen Thatbestand enthaltenen Einzelmerkmale einen Anhalt (Norm) zu haben, deren Bestehen in Wahrheit nachzuweisen ist. Würde umgekehrt verfahren, d. h. der Thatsachenbeweis dem Rechtssatzbeweis vorangestellt, so würde sich der Richter öfter fragen müssen, wenn er gegen den Rechtssatz kein Bedenken haben würde, zu welchem Zwecke der Beweis dieses oder jenes thatsächlichen Merkmales zu führen unternommen werde, wenn es vom Gesetz nicht als mitbegriffen zu erachten sei, und dann würde er später bei der Rechtsausführung erst verstehen, warum der Beweisführer sich bereits mit dem thatsächlichen Stückbeweis befafst gehabt. Ist hingegen der Obersatz, mag er ein Gesetz oder eine sonstige Norm sein, nicht erst zu beweisen, weil er zweifellos feststeht, dann wird er erst nach Beendigung der Thatsachenbeweisungen angeführt, wo es gilt, den Endschlufs zu ziehen für die Begründung des Antrages der Partei, dessen Formulierung den Parteivortrag abschliefst oder wiederholt, sofern er im Eingang der Rede etwa schon gestellt war. Es ist sonach entschieden praktischer, dem Richter sogleich klar wissen zu lassen, von welchen Rechtssatz-Prämissen der Parteiredner ausgeht, wenn solche etwa zweifelhaft wären; freilich soll der Richter das Recht kennen, aber er soll auch erfahren, was die Parteien in ihren Schlüssen als zum Rechtssatz gehörig voraussetzen, um das Zutreffende von dem Gegenteil darin scheiden zu können. Gerade in diesem Punkte fehlt es recht oft an einer Klarstellung seitens der Parteiredner, weil immer noch zu sehr

nach einem „Hinterthürchen“ geschaut wird, durch welches etwa noch eine Wandelung nach einer anderen Richtung versucht werden könne, um mit derselben Thatsache sich noch unter den Schutz eines anderen Rechtssatzes begeben und sein Glück auf diesem anderen Wege noch einmal versuchen zu können. Bei den feinen Unterscheidungen der Rechtswissenschaft giebt es ja häufig recht schwere Zweifel über die Rechtsanwendung, aber für den einen oder den anderen Rechtssatz oder diese oder jene Auslegung mufs man sich entscheiden, und dies offen zu bekennen, verlangt die Ehrlichkeit des Kampfes um das Recht, den ja doch das Gericht endlich entscheiden mufs. Eine Verdunkelung ist hier weniger möglich, als bei der Thatsachenbeweisführung.

b Die Anordnung der Beweisausführungen über Ergebnisse der Thatsachenbeweise steht unter der obersten Regel der Erzielung möglichster Verständlichkeit für den Zuhörer, an den sich zur Erlangung seines Urteils zu gunsten der Partei der Redner wendet, also in erster Linie das Gericht, in zweiter erst das Publikum. Was diesem nicht verständlich werden kann, darf den Redner nicht berühren, aber er darf sicher darauf rechnen, dafs dasjenige, was nach seinem Gefühle dem Publikum verständlich erscheinen werde, auch den Richtern begreiflich sein müsse.

Was im § 32 über die Ordnung und Form der Erzählung ausgeführt worden ist, gilt im Ganzen auch für die Anordnung in der Beweisausführung. Auch dort war schon der Frage gedacht worden, ob man mit der Geschichtserzählung die Beweisausführung verbinden solle und dürfe? Im allgemeinen ist diese Frage zu verneinen und nur für solche Fälle ausnahmsweise zu bejahen, welche ganz einfacher Art sind, wenn dort nur wenige unbewiesene Thatsachen und leicht beweisbar und bewiesene vorhanden wären, so dafs in den Zusammenhang der Erzählung nicht grofse Beweiseinschaltungen nötig werden*). Es wird vielmehr nur empfohlen, in der Ge-

*) Ausführlicher über die Gefahren des Hingebens an den natürlichen Drang, der Erzählung absatzweise gleich die Beweisführung einzuschalten, vergl. Schall u. Boger a. a. O. S. 107—110.

schichtserzählung diejenigen Thatsachen kurz hervorzuheben, welche Streitfragen und Beweisgegenstände bilden, dann aber diese nachher in der Beweisausführung in einer von dem ganzen sachlichen, durch innere Verbindung, Zeitfolge und andere Beziehungen bestimmten Zusammenhang, einzeln hervortreten zu lassen, indem gesagt wird, was zweifellos bei jeder noch bestritten ist oder was etwa nur noch so erscheinen mag, was etwa als zugegeben oder als einzuräumen angesehen werden darf, dann was und womit etwas bewiesen worden ist und inwiefern der Beweis als gelungen bez. noch mangelhaft erscheine.

Die Einhaltung der Kombinationsmethode mufs nicht blos die Verbindung des innerlich zusammengehörigen, sondern auch des äufserlich getrennt liegenden Stoffes herbeiführen, so dafs inbezug auf einen Klaggrund (Einrede- und Replikgrund) alle Beweis- und Gegenbeweisergebnisse des historischen wie logischen Beweises nach einer durch die Menge, Art und logische Verbindung der einzelnen Beweisgründe bestimmten Ordnung, die nur durch praktisches Geschick geschaffen wird, um die Streitfragen bezüglich dieses einen Klaggrundes u. s. w. gruppiert wird.

Erst nach Beendigung dieser darf zu einer weiteren Streitfrage und deren Beweisen in derselben Weise übergegangen werden, indem überall die Anknüpfungspunkte für die Anschauung und Erwägung, welche sich für die Thatsachen und deren Beweise finden lassen, hervorgehoben werden. Es kann dabei leicht erforderlich werden, dafs zur Herstellung des geschichtlichen Zusammenhanges der einzelnen Beweisgründe auf feststehende Thatsachen in die Geschichtserzählung und bereits erbrachte Beweise zurückgegriffen werden mufs; wenn dies in kurzer Weise geschieht, ist dies nur vorteilhaft und es erweckt Nachdenken und Interesse, wenn weitergehende Vorstellungen über die Parteibemühungen, welche nicht gerade zum Gegenstand der Beweiserhebung gemacht worden sind, angeregt werden durch kurze Andeutungen.

Im Rechtsverfahren kehrt immer der Zusammenhang der

Fragen wieder: was ist geschehen, wie ist es vollbracht, wodurch oder von wem ist es verursacht und weshalb ist es jemandem zur Verschuldung zuzurechnen? Es sind die Fragen um den objektiven und subjektiven Thatbestand, um Ursache und Wirkung, Bedingung und Folge, und die Hauptfrage um die Verschuldung oder Schuldigkeit eines Verklagten. Diese innere, regelmäfsige Verteilung des Stoffes ist im Wesentlichen auch mafsgebend für die Beweisanordnung und Reihenfolge in den Beweisausführungen. Weiter in Einzelheiten einzugehen, liegt aufserhalb unserer Aufgabe.

Rücksichtlich der Darstellungsform wird auf das in §§ 16 und 17 Abs. 4 Vorgetragene verwiesen.

Fünfter Abschnitt.

Schlufs der Rede.

§ 56.

1. Der Schlufs der Parteireden vor Gericht — conclusio, epilogus, peroratio — ist in allen Fällen insofern ein notwendiger Teil, als darin wenigstens ein Antrag des Redners in seinem Parteiinteresse zu stellen ist, welchem gemäfs er die Überzeugung des Richters in dessen Urteilsspruch zusammengefafst wissen will. In einfachen Sachen beschränkt sich der Schlufs hierauf*) und enthält gewissermafsen die endliche Schlufsfolgerung der ganzen Redeausführung, welche aus einem Syllogismus besteht**). Ist dieser Antrag schon am Eingang der Rede als das Ziel der Ausführungen kurz gefafst zur Kenntnis des Richters gebracht (angekündigt) worden, so mufs er am Ende der Rede formuliert wiederholt werden, um aufser allen Zweifel zu stellen, dafs auch durch die Gegenreden der anderen Partei eine Änderung nicht

*) Quintilianus l. c. VI. 1: Nemo dubitaverit, multas esse causas, in quibus nullo loco sit necessaria (peroratio), si breves et simplices fuerint.

**) Cicero, de invent. I. 52: conclusio est exitus et determinatio totius orationis. Quintilian a. a. O VI. 1, 2 rechnet dahin die rerum repetitio et congregatio, oder nach Cicero die enumeratio, perquam res disperse et diffuse dictae unum in locum coguntur et reminiscendi causa unum sub aspectum subjiciuntur, aber auch die Aufregung der Gefühle der Richter (indignatio et conquestio).

oder etwa welche Änderung dadurch herbeigeführt worden sei. Würde die Beschliefsung mit der Antragsstellung oder Wiederholung unterlassen, so könnte ein Redner, durch den Gerichtsvorsitzenden zur Antragsstellung oder bestimmten Formulierung eines Antrags aufgefordert zu werden, sich leicht veranlafst sehen, was ihm den stillschweigenden Vorwurf eines Übersehens zuziehen könnte.

2. In allen umfangreicheren und wichtigeren Rechtsfällen aber soll zweckmäfsiger Weise der Schlufs einer Gerichtsrede aufser dem Antrag oder mehreren Anträgen auch noch etwas Weiteres enthalten und in Berücksichtigung dieser Fälle, zumal der Strafrechtsfälle, sind die Bestandteile des Redeschlusses dreierlei*):

a. Um den Antrag oder mehrere Anträge in der Rechtssache endlich vorzubereiten, bedarf es vor dessen Stellung noch einer kurzen und gedrängten Wiederholung und Zusammenfassung der Hauptpunkte und wichtigsten Argumente, der s. g. Rekapitulation oder des Resumé's, worin gezeigt wird, dafs dasjenige bewiesen sei, was zu beweisen versprochen worden, und dafs somit die im Antrag zu bestimmende Schlufsfolgerung auf Grund eines Rechtssatzes richtig und wohlbegründet sei. Bei einer Mehrheit von selbständigen Rechtsansprüchen eines Klägers oder Beklagten ist eine solche Zusammenfassung der zu jedem einzelnen gehörigen Beweise schon bei der Argumentation notwendig und umsomehr ist ihr Zusammenhang unter einander im Schlusse der Rede darzuthun, um zu einem Abschlufsergebnis zu gelangen, das im Schlufsantrag zu formulieren ist**). Die Kunst dieser Zusammenfassung besteht darin, die entscheidenden Punkte, ohne sich in Wiederholung von Einzelheiten und Nebendinge zu verlieren, in äufserster Kürze hervorzu-

*) Aristoteles, Rhetor. III. 19. Cicero ad Herenn. II. 30—31. Derselbe, de invent. I. 52—56. Quintilianus l. c. VI. 1. K. S. Zachariae a. a. O. § 120—123. Mittermaier a. a. O. § 120 ff. Schall u. Boger a. a. O. S. 141—147. Frydmann a. a. O. S. 334—342.

**) Aristoteles a. a. O. legt auf diesen Zweck des Epiloges fast allein einen Wert.

heben; denn es ist nicht zu vergessen, dafs jede Weiterung eine starke Zumutung an die oft sehr in Anspruch genommene Aufmerksamkeit und Geduld der Richter, die ausharren müssen, was die sonstigen Zuhörer nicht brauchen, sein würde*). Soll die „Rekapitulation“ ihren Zweck erreichen, den Inhalt der Rede, der sich unmittelbar auf das Schlufsgesuch des Redners bezieht, in den wesentlichen und entscheidenden Punkten in einem Gesamtbild vorzustellen, so mufs, um die Ausführungen ins Gedächtnis zurückzurufen, auch in ihr genau die Disposition der Rede und die Anordnung der Beweisausführungen eingehalten werden und dabei ist zu zeigen, wie jeder Redeteil den anderen unterstütze oder wie im Beweise schon der eine oder andere Beweisgrund ein allein durchschlagender sei.

Im deutschen Strafprozefs hat, seitdem das s. g. Resumé des Vorsitzenden im Schwurgerichtsverfahren rücksichtlich der Beweisergebnisse beseitigt worden ist, eine derartige Zusammenfassung seitens des Staatsanwalts wie des Verteidigers gegen früher an Bedeutung gewonnen, da sich die Geschworenen in Erwartung eines unparteiischen Resumé's des Vorsitzenden leichter über die Parteivorträge hinwegsetzen zu dürfen vermeinten; jetzt haben sie nur eine Rechtsbelehrung zu erwarten und sind deshalb mehr genötigt, zwischen den Beweisausführungen der Parteien selbständig zu wählen, zu prüfen und sich zu entschliefsen.

Die Herbeiführung eines Entschlusses als eines Willensaktes des Gerichts für die Wahl des Entweder-Oder, sofern etwa noch ein Schwanken zwischen dieser oder jener Auffassung oder Meinung bestehen könnte, ist die Aufgabe und das Ziel dieser Zusammenfassung und daher soll sie auch in der Elokution gut ausgearbeitet sein und von einer energischen Aktion im Vortrag unterstützt werden, soweit dies

*) Quintilian bemerkt daher: decurrendum est per capita; nam si morabimur, non jam enumeratio, sed altera quasi fiet oratio.

irgend möglich ist*). Wenn irgendwo auch von „Überredung“ gesprochen werden darf, so ist es hier, wo es gilt, den Richter zu bestimmen, sich für eine ihm vom Redner vielleicht beigebrachte Überzeugung zu entscheiden.

b) Mit dem letzteren hängt nun die Ansprache an das Gericht zusammen, welche auch heutzutage noch in dem Schlufs der Rede, besonders vor Geschworenen und Schöffengerichten, oftmals einen Platz findet, bei den ausländischen Gerichten mehr noch als bei den Deutschlands und Oesterreichs. Die Rhetoren des Altertums legten auf die peroratio, freilich entsprechend dem Wesen der damaligen Volksgerichte, dem mehr allgemein-menschlichen als Richterbewufstsein und dem Mangel an einer Trennung des Rechts-, Staats- und Gesellschaftsgebietes ein Hauptgewicht, um die Affekte und Leidenschaften der Richter zur Bildung des Urteilsspruchs herbeizuziehen und ihnen eine möglichste Mitwirkung zu gestatten**) Man

*) Quintilianus l. c.: In epilogo vero est qualem animum judex in consilium ferat, et jam nihil amplius dicturi sumus, nec restat quo servemus; et brevissimum quidem hoc praeceptum dari potest, ut totas causae suae vires orator ante oculos ponat.

**) Cicero, de orat. II. 81: omnia autem concludenda plerumque rebus augendis, vel inflammando judice vel mitigando; omniaque quum superioribus orationis locis, tum maxime extremo ad mentes judicum quam maxime permovendas et ad utilitatem nostram vocandas, conferenda sunt. Die bekannten theatralischen Mittel, das Vorzeigen des blutigen Dolches und der Wunden, das Aufreifsen der Tunika, das Mitbringen der Kinder des Angeklagten, das laute Stöhnen und Schluchzen der Angehörigen und Freunde, die Bemühungen, den Unwillen, Zorn, Entrüstung zu erregen, andererseits das Mitleid und die Milde des Richters zu gewinnen, waren schliefslich schon den Römern als Mifsbrauch erschienen, denn Quintilian a. a. O. sagt über deren Anbringung im Redeschlufs Folgendes: Id unum epilogi genus (repetitio rerum) visum est plerisque Atticorum et philosophis fere omnibus, qui de arte oratoria scriptum aliquid reliquerunt. Id sensisse Atticos credo, quia Athenis affectus movere etiam per praeconem prohibebatur orator. Philosophos minus miror, apud quos vitii est loco, affici; nec boni mores videntur, sic a vero judicem averti: nec convenire bono viro vitiis uti. Necessarios tamen affectus fatebuntur, si aliter obtineri vera et justa et in commune profutura non possint.

Treue Nachfolger einer ausgearteten Gerichtsberedsamkeit der Römer sind die französischen Redner geworden, welche dazu noch in der Phrase von allen Nationen das erdenklich Möglichste bis auf den heutigen Tag geleistet haben. Ein Beispiel von immerhin noch grofser Mäfsigung entnehmen wir dem Schlufs der Anklagerede in dem

bekommt in den Schwurgerichtssälen auch heute noch öfters Ansprachen von seiten der Parteiredner zu hören, welche auf die Erregung der Gemütsbewegung berechnet sind; darüber

Prozefs gegen den beliebten französischen Dichter Béranger (s. Wolff a. a. O. S. 107): „Ach, wenn der französische Geist seine Heiterkeit verloren hat, so klage er nur die Täuschungen und die Systeme an, zu deren Dolmetscher Herr Béranger sich machte, so gebe er nur der Bitterkeit der politischen Diskussionen, der Wühlerei, so vielen Interessen ohne Zügel und ohne Ziel, jenem fortwährenden Fieber und der Unbehaglichkeit jener Menschen die Schuld, welche die Gesellschaft, die Natur und das Leben von sich stofsend, in demselben weder Ruhe noch Glück finden, weil es ihnen weder Ruhe noch Glück giebt, ohne Illusionen, ohne Glauben, ohne Harmonie. — Der Geist des Raisonnierens hat die Illusion, die Freigeisterei hat den Glauben, der Parteigeist hat die Harmonie zerstört. — Darf sich also ein Gönner dieser traurigen Änderungen über deren traurige Folgen beklagen? Er beklage sich auch nicht, wenn die Chanson, infolge ihres Verfalles und ihrer schmachvollen Umwandlung, aus den nachsichtigen Regionen, wo sie weilte, an diesen strengen Ort gekommen ist, den sie nie hätte kennen lernen sollen! Er klage auch nicht der Unduldsamkeit und zu grofser Strenge Richter an, die es betrübt, den Mifsbrauch des Talents bestrafen zu müssen — Nein! er klage sie nicht an; denn es war leichter für ihn, sein Werk nicht zu veröffentlichen, als diesen Richtern, die der bürgerlichen Gesellschaft verantwortlich sind, taub bei der Stimme ihres Gewissens zu bleiben, indem sie nicht verwürfen, was die Religion, die Sittlichkeit und das Gesetz verwerfen.“ Der berühmte Gerichtsredner Dupin der Ältere, welcher sich nur wenige Notizen gemacht und diese in wenigen Minuten verarbeitet hatte, erwiderte in einer Stegreifrede zur Verteidigung, in deren Einleitung er die Minister einer konstitutionellen Monarchie der übertriebenen Empfindlichkeit beschuldigt, welche auch nicht einmal vertragen möchten, dafs ihre Macht durch chansons temperiert werde, unter deren Herrschaft an die Stelle des französischen Sprüchworts: „tout finit par des chansons“ ein anderes trete: „Alles endet mit Prozessen“. Der Schlufs jener geistreich improvisierten Rede endet mit einer Anknüpfung an das Gedicht, worin sich Béranger mit Diogenes vergleicht, seine Ansprache an die Geschworenen: „Werden Sie, meine Herren, dieses bescheidene Asyl zertrümmern, das ein Eroberer zu schonen wufste? Werden Sie eine friedliche Existenz stören, die ruhig im Schofse der reinsten und süfsesten Freundschaft fortlebt? Werden Sie den Unwillen teilen, den man Ihnen hat gegen einen armen Liederdichter einflöfsen wollen? Werden Sie die antizipierte Strenge einer Dienstentlassung, deren Hafs nichts rechtfertigt, noch verstärken wollen? Werden Sie die Ideen und die Prinzipien so verwirren, dafs sie keinen Unterschied zwischen dem Vaudeville und den anderen Gattungen litterärischer oder wissenschaftlicher Arbeiten machen? Ach, meine Herren, hätte man einen solchen Fall unseren guten Vorfahren zur Entscheidung anheimgestellt, sie hätten den Kopf geschüttelt und zwischen den Zähnen gebrummt: „Das sind Possen!“ (chansons que tout cela), damit aber eben so sehr einen Beweis von ihrem Verstande, wie von ihrer Gerechtigkeit gegeben!“

ist aber das Erforderliche bereits in § 20 bemerkt worden. Das gesunde Urteil der Vernünftigeren will derartige rhetorische Kunstgriffe verbannt wissen, sowie auch alle theatralische Effekt-Hascherei, welche nur zu leicht herausgefühlt und belächelt wird. Auch soweit derartige Ansprachen an das richterliche Pflichtbewusstsein gerichtet sind oder gar in doktrinärer Weise und vollends mit hypothetischen Folgerungen versehen gehalten werden, verletzen sie leicht das Gsfühl der Richter und des Publikums, welche ersteren doch recht wohl wissen, was ihnen pflichtmäfsig obliegt.

Diesen mehr negativen und warnenden Ergebnissen gegenüber ist aber der gerichtlichen Redekunst gerade in der Ansprache an die Richter im Schlufs der Rede ein gewisses Mafs von Pathos oder gehobener Rede zu verstatten, nicht in der Richtung auf das Gemüt, als vielmehr auf die Vernunft; die ganze überzeugende Macht der Rede soll hier in die Wagschale geworfen werden, um die Kernpunkte eindringlich der Erwägung vorzustellen. Hier sind die allgemeinen Gesichtspunkte, welche dem öffentlichen oder Privat-Interesse, der Gesetzesherrschaft, den Weisungen der Vernunft, Moral und selbst der Religion, als der Grundlagen des Staats- und Gesellschaftslebens entnommen werden, andererseits die Eigentümlichkeiten des Rechtsfalles, um individuelles Recht zur Geltung kommen zu lassen, mit Nachdruck hervorzuheben; dadurch wird das Gericht in seinem Bewufstsein der ihm obliegenden hohen Aufgaben gehoben und zu deren Erfüllung ermutigt als ein Glied in dem die höheren Lebensaufgaben zu erfüllen berufenen Staats- und Gesellschaftsorganismus.

c) Das eingangs erwähnte Sachgesuch, der Schlussantrag, Petitum, kann sich an die vorstehend erwähnte Ansprache oder gleich an die unter a. angeführte Zusammenfassung anschliessen, unter Weglassung jener oder unter ihrer Nachbringung, je nach der Bedeutung des Rechtsfalles. Es mufs sich an die Proposition der Streitfragen auf das Engste anreihen, aber anstatt in der Form einer erst zu beweisenden

Behauptung diese als bewiesene unter kategorischer Form einer rechtlich begründeten Forderung, immerhin als Gesuch um Erteilung eines dem entsprechenden Urteilsausspruchs, vortragen. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, dafs in der That die als Streitfrage aufgestellte Behauptung sich angesichts der Beweisausführungen auch noch aufrecht erhalten läfst; das Sachgesuch darf daher weder über deren Ergebnisse hinausgehen, um nicht als Anmafsung zu erscheinen, es soll aber auch nicht in allzugrofser Bescheidenheit hinter der berechtigten Forderung zurückbleiben, um nicht als ein Preisgeben von erlangten Vorteilen aufgefafst zu werden*).

α) Im Verfahren vor Geschworenen schliefsen sich die Anträge rücksichtlich der Verschuldung an die den Geschworenen zu stellenden Fragen, welche vor den Schlufsreden festgestellt werden, an und zwar bei einer Mehrheit von einschlagenden Gesichtspunkten auch an die s. g. Eventual- und Zusatzfragen (Hilfs- und Nebenfragen in §§ 294 und 295 der deutschen St.-P.-O. und §§ 319 bis 323 der österreichischen St.-P.-O.) und insofern ist beiden Parteien hier schon für die Anträge eine bestimmte Richtung gegeben.

In der österreichischen Strafprozefsordnung §§ 255 u. 256 findet sich für das reguläre Strafverfahren die besondere Bestimmung, dafs der Ankläger nach Zusammenfassen der Ergebnisse der Beweisführung seine Anträge sowohl rücksichtlich der Schuld des Angeklagten, als auch inbetreff der gegen ihn anzuwendenden Strafbestimmungen zu stellen und zu begründen habe, ohne aber einen bestimmten Antrag über die Bemessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafsatzes stellen zu müssen; die deutsche Strafprozefsordnung § 257 verordnet insoweit nichts weiter, als dafs die Staatsanwalt-

**) Horatius sagt: Est modus in rebus, sunt certi denique fines, Quos ultra citraque nequit consistere rectum. H. A. Zachariä, Handbuch a. a. O. II. S. 306 Anm. 11 warnt vor übertriebenen Anträgen, welche nur Unwillen erregten und lächerlich machten. Umgekehrt freilich erregen zu bescheidene Verwunderung und Bemitleidung der Partei; im Strafverfahren hat das weniger zu besagen, als in bürgerlichen Rechtssachen.

schaft und der Angeklagte zu ihren „Ausführungen und Anträgen“ das Wort nach dem Schlusse der Beweisverhandlung erhalte, worin allerdings vorausgesetzt wird, dafs ein blofses Anheimgeben der Urteilsfällung seitens des Anklägers, ohne bestimmte Antragstellung, kaum zulässig wäre, weil der Gegner und das Gericht doch erfahren muss, worin der Strafanspruch des Klägers eigentlich bestehe*)?

Die österreichische Strafprozefsordnung in § 256 ordnet zwar, dafs in der Regel in den Schlussvorträgen über alle im Urteile zu entscheidenden Fragen zu verhandeln sei, gestattet aber dem Vorsitzenden oder dem Gerichtshofe (§ 238 gestattet, einen Antrag darauf zu stellen) zu verfügen, dafs die Schlufsvorträge über die Schuldfrage von jener über die Strafbestimmungen, über die privatrechtlichen Ansprüche und über die Prozefskosten zu trennen seien. In diesen Fällen werden, nachdem der Gerichtshof über die Schuld des Angeklagten entschieden und seinen Ausspruch verkündet hat, neuerliche Schlufsvorträge gehalten, welche jedoch auf die noch zu entscheidenden Fragen einzuschränken sind**).

In Schwurgerichtssachen findet bekanntlich eine Wiedereröffnung der Schlufsvorträge über die s. g. Straffrage stets und auch nach § 315 der deutschen Strafprozefsordnung (§ 335 der österreich. St.-P.-O.) nach dem Schuldigspruch der Geschworenen statt.

Wenn im Strafverfahren das Gericht zwar vermöge der Offizialmaxime am Ende der Hauptverhandlung erster In-

*) Der Staatsanwalt stellt in Österreich keinen bestimmten Strafantrag mehr, sondern giebt nur den Strafsatz an und plaidiert über etwaige Milderungsgründe. Wegen des Wegfalls des früheren Übergewichts der Staatsanwaltschaft über die Verteidigung durch die Disposition über die Strafe wurde diese Reform gepriesen.

**) Man ist in Österreich mit dieser Einrichtung zufrieden und macht vielfach davon Gebrauch, da den Verteidigern das eventuelle Plaidieren über die Strafe, wenn sie eine Freisprechung zu erlangen hoffen, widerstrebt, da auch bei dem Vorhandensein mehrfacher rechtlicher Gesichtspunkte das Plaidoyer über das Strafausmafs ohne vorherigen Schuldigspruch eine nur schwankende Unterlage hat; s. Frydmann a. a. O. S. 365.

stanz nicht an Parteianträge gebunden ist, so darf dies kein Grund für die Parteien sein, im Fall einer Unsicherheit in den Ergebnissen der Beweisführungen sich durch ein Anheimgeben des richterlichen Spruches der Bestimmtheit eines Antrages zu entziehen. Jede Partei mufs wissen, was sie dem Rechte und der Sachlage nach zu beanspruchen hat, und daher macht es stets keinen guten Eindruck, wenn sie, entweder aus Klugheit und Vorsichtigkeit, dafs sie ihrer Sache, wenn sie sich zu bestimmt äufsere, etwa schaden würde, oder aus eigener Unsicherheit in der Selbstentscheidung, es dem Gerichte überläfst, wie es entscheiden mag. Ist die Beweisführung schlüssig, dann ist nicht zu ersehen, weshalb die Partei ihr Begehren an das Gericht nicht bestimmt ausdrücken will; ist sie aber unschlüssig, dann erfordert es die Aufrichtigkeit, dies zu bekennen und sich nicht einer Selbsttäuschung hinzugeben. Findet das Gericht doch noch eine Haltbarkeit heraus, so ist es seine Pflicht, das Haltbare zu berücksichtigen und dann thut es dem Parteiredner keinen Eintrag, wenn er bei der Zweifelhaftigkeit der Sache eine von seinen Anträgen abweichende Entscheidung ausgesprochen erhält.

In der Instanz der Rechtsmittel bietet sich von selbst durch die Nothwendigkeit, bestimmte Beschwerden anzuführen, auch die, Anträge in dem Schlufs der Rede zu formulieren.

β) Im bürgerlichen Rechtsverfahren ergiebt sich eine derartige Notwendigkeit aus der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, deren negative Seite dem Gericht verbietet, was die Offizialmaxime des Strafverfahrens ihm hier gebietet*).

*) Vergl. die guten Ausführungen über „das Dispositionsrecht der Parteien im Zivilprozesse" bei v. Canstein, die rationellen Grundlagen des Zivilprozesses a. a. O. Abt. 2. unter III., worin sich die für die gerichtliche Rhetorik so wichtigen Prozefsgrundsätze und die zahlreich darüber in der Wissenschaft, seit des Verf. im J. 1858 erschienenem Buch: „Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen", ausgesprochenen Ansichten zusammengestellt vorfinden.

Das Unterlassen einer Antragstellung würde hier geradezu zur Sachfälligkeit führen. Nach der deutschen Zivilprozefsordnung § 128 wird die mündliche Verhandlung durch Stellung der Anträge der Parteien schon eingeleitet und nach dem nur für den Anwaltsprozefs geltenden § 269 müssen die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden oder es mufs die Vorlesung aus einem dem Protokoll als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen, dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen — alles dies bei Vermeidung der Nichtberücksichtigung. Wenn auch der Richter sonst alles in den mündlichen Verhandlungen Vorgetragene, auch wenn es nicht schriftlich festgestellt worden, zu berücksichtigen hat, so ist doch inbetreff der „Anträge“ in der Bedeutung der „Sachbitte“ (petitum) eine Ausnahme, welche eben von der obigen Maxime und der Natur*) der Privatrechte, als unter der freien Verfügung der Parteien stehende Rechte, geboten ist, zu finden**).

Es finden sich nach der Sachlage, besonders wo infolge der Beweiserhebungen und Beweisführungen Eide zu erkennen sein würden, am Schlusse der Schlufsreden Unteranträge als notwendige zu stellen, von deren Erledigung der Hauptantrag auf Verurteilung oder Klagentbindung abhängig ist; gerade insoweit müssen nunmehr diese Anträge hier genau formuliert werden, mindestens müssen die rechtserheblichen Thatsachen und die Arten der Eide, welche begehrt werden, bestimmt und deutlich in den Anträgen enthalten sein, so wie die Folgen, welche sich an die Leistung oder Verweigerung eines Eides knüpfen sollen.

*) Unter Anträgen sind die Gesuche der Klage, Widerklage, Einreden, der verschiedenen Rechtsmittel, der Feststellung nach § 253 Z.-P.-O., nicht die Nebenanträge auf Vornahme einzelner Prozefshandlungen, zu verstehen. Vergl. J. W. Planck a. a. O. I. § 71: „Stoffvorlage“ u. § 72: „Form der Parteihandlungen“.

**) Die Verlesung der Anträge bringt der Mündlichkeit des Verfahrens keinen Eintrag, sondern sichert nur das Gericht über die Intentionen der Parteien, zu welchem Zweck es nach § 130 Z.-P.-O. Aufklärungen herbeiführen kann.

Sechster Abschnitt.

Anhang.

Die Gerichtsredner vor der Öffentlichkeit.

§ 57.

A. Die Redner vor dem anwesenden Publikum.

In dem ersten Teil bot sich an einzelnen Stellen schon mehrfach Gelegenheit, die Rücksichtnahme der Gerichtsredner auf das den Verhandlungen beiwohnende Publikum zu erwähnen; es empfahl sich aber, um dort nicht die Darstellung der den Hauptzweck der Redethätigkeit verfolgenden Regeln durch Beimengung von Gesichtspunkten für Beachtung der dem Publikum gegenüber einzunehmenden Stellung des Gerichtsredners zu unterbrechen, die Regeln der letzteren Gattung einer abgesonderten Darstellung am Schlufs des Ganzen in einem Anhang aufzustellen, umsomehr, als sie gerade wegen der untergeordneten Bedeutung der Öffentlichkeit für die gerichtliche Redekunst, welche ihren Hauptzweck in der Einwirkung nicht auf das Publikum, sondern auf das Gericht zu verlegen hat, nur nebensächlich sind.

1. Es ist leicht erklärlich, dafs die Gegenwart von anderen, oft zahlreichen, am Prozefz unbeteiligten Personen in den Zuhörerräumen und an den Berichterstattertischen, in Zivilprozessen auch mehrfache Anwesenheit von Anwälten, jüngeren Juristen u. s. w. auf die Gerichtsredner nicht ohne eine psychische Wirkung bleiben kann, welche sich nur dann bis

zur Gleichgiltigkeit und Nichtbeachtung herabstimmen wird, wenn jene Personenzahl zu einer kaum nennenswerten Minderheit herabgesunken ist, wie das in Verhandlungen um bürgerliche Rechtsstreitigkeiten meist der Fall zu sein pflegt. Hier sind es im Anwaltsprozefs meist nur Anwaltskollegen und Referendare, an Universitäten wohl auch noch ab und zu Studierende der Rechtswissenschaft, welche die Zuhörerschaft bilden und deren Gegenwart auf den Redner durch die psychischen Reflexe zwischen ihm und jenen je nach seiner Sensibilität von gröfserer oder geringerer Wirkung sein wird. Je gröfser eine Zuhörerschaft aber, auch je verschiedenartiger der Bildungsgrad einer Zuhörermenge ist, desto stärker wird jene Reflexwirkung sein und daher hat der Gerichtsredner in den Schwurgerichtsverhandlungen von einiger Bedeutung, ähnlich einer Volksversammlung, am meisten Veranlassung, auch auf das Publikum Rücksicht zu nehmen, indem er in ihm die bürgerliche Gesellschaft erkennt, deren Vertreter auf der Geschworenenbank sitzen und welcher gegenüber er verständlich und überzeugend gesprochen habend sich dann sagen kann, dafs er gewifs ein Gleiches den Geschworenen gegenüber gethan habe. Im Kleinen gilt dasselbe vor den Schöffengerichten in Strafsachen. Während in Strafsachen vor Laienrichtern der Gerichtsredner den Mafsstab für seine Verständlichkeit und Überzeugungsfähigkeit in dem Bestreben suchen und finden wird, so darzustellen und zu reden, dafs er vom Publikum verstanden werde, wird er vor nur mit Rechtsgelehrten besetzten Gerichten nur darauf Rücksicht zu nehmen haben, dafs er von diesen begriffen werden könne, und um darin einen s i c h e r e n M a f s s t a b zu finden, mag er sich bemühen, so zu reden, dafs er auch von der in der Verhandlung anwesenden jüngeren Juristenzahl verstanden werde; glaubt er das erreicht zu haben, so kann er sicher sein, dafs er auch zu den Richtern deutlich geredet habe.

Dort möglichst gemeinverständlich, hier aber nicht zu hochgelehrt und subtil reden, dort das allgemeine, hier das juristisch gebildete Publikum im Auge behalten, dürfte das

Richtige sein, um das Bewufstsein zu erlangen, auch verständlich und überzeugend zu reden, welches der beste und sicherste Hebel ist zur Erreichung der Stellung eines guten Gerichtsredners.

2. Die Gegenwart eines Zuhörerkreises darf den Redner vor Gericht nicht vergessen lassen, dafs er an erster Stelle zu diesem letzteren zu reden habe, in vielen Fällen nur zu diesem und in einzelnen von allgemeinerer rechtlicher oder sittlicher Bedeutung nebenher auch zu jenem, d. h. ohne sich unmittelbar an ihn zu wenden, sondern nur mittelbar, hingeworfen im Vorübergehen das Allgemeine berührend, so dafs das Publikum es zu verstehen vermag. Man kann Redner in Gerichtssälen beobachten, deren Reden, zumal in Schwurgerichtsfällen, nicht blos stellenweis, sondern durchweg erkennbar auf die grofse Menge berechnet erscheinen, um durch diese und die Presse weiter verbreitet zu werden. Derartige Tendenzreden verlieren zu leicht den sicheren Boden und der Redner hat zu gewärtigen, dafs er nicht nur vom Gerichtsvorsitzenden zur Sache und Ordnung gerufen, sondern auch vom Gegner deshalb angegriffen oder zurückgewiesen, auch von einer einsichtigen Presse vor Abschweifungen gewarnt werde. Mancher Redner läfst sich durch ein zahlreiches Publikum verleiten, seiner Sache eine zu grofse Tragweite zu verleihen und daraus Beziehungen für die bürgerliche Gesellschaft zu entlehnen, welche kaum oder zu wenig vorhanden sind, als fühle er sich herausgefordert, auch den unbeteiligten Zuhörern für sich etwas in seinen Ausführungen zu geben. Derartige unmotivierte Fühlungen mit dem Publikum sind nicht minder unpassend als diejenigen, welche aus greifbarer Eitelkeit und Sucht, als Redner glänzen zu wollen, auch aus „Koketterie“ mit der Menge, um deren Gunst zu erringen, hervorgehen und schlecht verborgen werden. Solche Bestrebungen verfallen fast stets in mehr oder weniger hohle Phrasenmacherei, die wir Deutschen gern dem darin überlegenen Ausland überlassen wollen. Man lasse sich also durch eine gröfsere Zuhörermenge nicht verführen, von dem nur zur Sache Ge-

hörigen abzuschweifen, im Gedanken daran, dafs man auch derselben etwas für sich zu hören geben müsse, wo nicht eine besondere Veranlasung dazu vorliegt. Das Suchen einer Gelegenheit, zum Publikum mehr als zum Gericht zu reden, wird von jenem wie von diesem gleich gut empfunden und schwächt nur die beabsichtigte Wirkung oder läfst besondere Absichten vermuten, wodurch gegen die Sache Bedenken rege gemacht werden; Redner, welche an derartiger persönlicher Schwäche leiden, dem Publikum mehr gefallen oder sogar gefällig sein zu wollen, verletzen leicht das Gefühl der Würde des Gerichts, welches übrigens ein feinfühliges Publikum ebenso teilt wie dieses selbst. Eher läfst es sich entschuldigen, wenn vor rechtsgelehrten Richtern und einer zum gröfseren Teil rechtskundigen Zuhörerschaft, besonders in Zivilsachen, ein Redner mit belehrenden und daher mehr auf letztere als auf das Gericht berechneten Ausführungen hervortritt, gewissermafsen die Gelegenheit benutzt, eine lehrreiche Darstellung zu bieten, wie in einem juristischen Verein. Das dürfte nur bei sehr interessanten und bedeutungsvollen rechts- und volkswirtschaftlichen Fragen vorkommen, und zwar auch nur, wenn das Gericht für den vorliegenden Fall etwas aus dem Vortrag zu nützen haben wird — und höchstens, wenn die Zeit nicht gerade drängt. Wie alles Gesuchte von der Rhetorik verworfen werden mufs, so auch in diesen Ausnahmefällen ein etwa gesuchter Doktrinarismus, der dem Kathederredner zu überlassen ist; kurze, eingeflochtene, interessante Streiflichter auf Nebenfragen oder Tragweiten einzelner Auffassungen, welche die Zuhörerschaft zum Nachdenken anregen, sind ebenso gestattet, wie alle das Interesse des Gerichts für den Rechtsfall erweckenden und erhaltenden rhetorischen Hilfsmittel, welche in den §§ 18 bis 22, Teil I ausführlicher besprochen worden sind. Nur mag darin eine Grenze gefunden werden, dafs solche rhetorische Mittel nur dann zu gebrauchen sein werden, wenn sie nicht nur auf die Zuhörerschaft zu wirken geeignet sind, sondern auch das Interesse des Gerichts zu fesseln vermögen.

3. Es würde ein Fehler sein, wenn ein Gerichtsredner der Öffentlichkeit gar keine Rechnung tragen, ja sie etwa grundsätzlich nicht beachten wollte. Sie ist nicht blos ein prozessualisches Schutzmittel für unparteiische Sachbehandlung, sondern auch eine Gesellschafts-Errungenschaft der neueren Zeit, um welche man lange genug gekämpft hat; wesentlich von den Gerichtsrednern hängt es ab, dafs die Nachteile, welche die Öffentlichkeit des Verfahrens mit sich bringt, nicht die Vorteile derselben überwiegen. Das Vertrauen des Volks zur Rechtspflege wird hauptsächlich durch sie gestärkt. „Es ist unleugbar, dafs die Öffentlichkeit ein Ansporn sowohl für Richter als Staatsanwälte, Verteidiger, Sachverständige und Zeugen ist, ihre Pflicht zu erfüllen. Es findet im öffentlichen Verfahren nicht leicht eine gegenseitige Konnivenz zwischen den mitwirkenden Beamten statt, und die Zeugen, welche fürchten müssen, dafs im anwesenden Publikum sich jemand finde, der den Sachverhalt kenne, wagen es nicht so leicht, Unwahres vorzubringen, als da, wo sie die Personen, vor welchen sie auszusagen haben, leicht und sicher überblicken“ *). In der Öffentlichkeit liegt die gröfste und sicherste Bürgschaft für die Gesetzlichkeit nicht blos des Rechtsverfahrens, sondern auch für die Recht- und Sittenmäfsigkeit der Verkehrshandlungen überhaupt; wer gerecht und sittlich handelt, hat sie nicht zu fürchten und wird gerade, wenn er von ungerechtem und bösem Dichten und Trachten verfolgt wird, darauf rechnen dürfen, dafs dieses das Licht der Öffentlichkeit zu scheuen und zu fürchten hat; wie oft hört man mehr eine Scheu vor dem öffentlichen Verhandeln einer Streit- oder Strafsache als eine Furcht vor dem Unterliegen, vor Verurteilung und Strafe äufsern! Das ist die Macht, welche auch schon auf die Entschlüsse einwirkt und vielfach vom Unrechtthun abhält, aber auch den Unrecht Leidenden in seinem Vertrauen zum Rechtsschutz stärkt und ihn zur Rechtsverfolgung ermutigt. Die Scheu einerseits, die

*) Geyer, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafprozesses, § 5.

Achtung vor der öffentlichen Meinung andererseits, welche sich aus den Gerichtssälen ins Leben verbreitet und schonungslos den Stab über den sittlichen und bürgerlichen Wert des Einzelnen bricht, aber auch den Unschuldigen und Unrecht Leidenden wieder zu Ansehen und Achtung verhilft, ist ein mitwirkender Faktor der Gerechtigkeitsübung, welcher doch selbst in Thätigkeit tritt, wo das Rechtsverfahren im Beweismangel oder im Mangel eines ausreichenden Richterspruches hinter den Anforderungen der Gerechtigkeit zurückgeblieben ist; der Ungerechte fühlt bei allem scheinbaren Sieg, dafs vor dem Publikum ihm doch noch etwas anhängt, und der Gerechte dagegen wird von dem Bewufstsein getragen und getröstet, dafs ungeachtet seines Unterliegens oder vergeblichen Bemühens die öffentliche Meinung doch auf seiner Seite stehe. So gleicht die Öffentlichkeit aus, was aus der Mangelhaftigkeit der bürgerlichen Rechtsübung zu wünschen übrig geblieben ist.

Was hier im allgemeinen bemerkt worden ist, gilt auch von den Parteirednern; die Scheu vor der Öffentlichkeit hält den unfähigen zurück, der sonst in der Schriftlichkeit sein Heil versuchte, sie schützt vor der Führung ungerechter Sachen, vor dem Verdrehen der Wahrheit und des Rechts, vor Rabulisterei, vor Sophismen, Phrasensucht, vor ungeziemenden Ausfällen in der Angriffs- und Verteidigungsweise, vor dem Gebrauch unzulässiger dialektischer und rhetorischer Künste, vor der Verletzung des Anstandes und der Achtung vor dem Gegner und vor dem Gericht, kurzum sie erinnert fortwährend den Redner daran, dafs aufser der Disciplinargewalt des Gerichtsvorsitzenden noch eine weit mächtigere über ihm ist, welche, einmal verletzt, ihm an seinem Geschäftsruf einen unwiederbringlichen Schaden zufügen kann — die öffentliche Meinung! Ihre Kontrolle ist es, der sich die Parteiredner nur da zu entziehen vermögen, wo das Gesetz die Öffentlichkeit ausnahmsweise auszuschliefsen gestattet; aber auch hier nicht ganz, da immer noch eine beschränkte Zahl von Zuhörern zugelassen zu sein pflegt. Es wäre also ein

thörichtes Unterfangen eines Redners, wenn er die Kritik der Zuhörerschaft zu achten, ja zu fürchten, sich für überhoben erachten möchte; jedes unbesonnene Wort findet seinen Beurteiler und Verbreiter nach aufsen, jedes frevelhafte aber auch seinen strafenden Richter und Rächer aufser dem Gerichtsvorsitzenden in der Mehrheit der Zuhörer*).

4. Umgekehrt, wie die Gerichtsredner unter der moralischen Einwirkung der Beurteilung ihrer Vorträge und ihres ganzen Auftretens vor Gericht seitens des Publikums stehen, haben auch sie die Möglichkeit, auf das Rechts- und Sittlichkeitsbewufstsein und das Urteil des letzteren, ohne es gerade zu wollen oder aber absichtlich, einzuwirken.

*) Es ist eine Verkehrtheit, die Einführung der Öffentlichkeit lediglich als eine Forderung des Liberalismus aus dem Jahre 1848 und den diesem nachfolgenden Jahren zu bezeichnen; sie ist dies ebensowenig als die Unmittelbarkeit und die Mündlichkeit des Verfahrens, wenngleich jene nicht eine organisatorische Folge in der Prozefsreform war wie diese. Die gröfseren Garantieen für eine gute, mündliche Rechtspflege haben mit Politik und deren Parteischattierungen gar nichts zu thun und dazu gehört die Öffentlichkeit der Rechtspflege, wie im Text zu zeigen versucht worden ist; was wir in der Vergangenheit im Rechtsverfahren gehabt, was aber mit der Schriftlichkeit des Verfahrens überflüssig geworden war, mufste mit der Umgestaltung des schriftlichen Verfahrens in ein mündliches, wieder mit eingeführt werden, abseiten des Liberalismus; es gehörte als moralischer Schutz und Gewähr für ein gerechtes und würdiges Auftreten der Prozefsorgane vor Gericht, die Öffentlichkeit des mündlichen Verfahrens gerade zur Wiederbelebung desselben (zur Erhaltung des historisch begründeten deutschen Rechtsverfahrens). Daher ist die Öffentlichkeit mehr eine konservative Gewährform des Verfahrens und hat mit dem Liberalismus weit weniger zu thun, als die durchgesetzte Teilung der richterlichen Gewalt durch Zuteilung der Beantwortung der Schuldfrage an Geschworene als Laienrichter, worin eine geringere Gewähr als durch Berufsrichter für die Strafrechtspflege geboten war; die Geschworenengerichte sind ein Erzeugnis eines politischen Bestrebens der Gewaltenteilung und eines falschen Liberalismus, welchen man mit der Phrase verdeckt, dafs an dem Volksrechtsbewufstsein das Zurechtbestehen eines Strafgesetzes für den einzelnen Straffall seinen Mafsstab zu finden habe! Dafs „ungeeignet und verkehrt die Empfehlung der Öffentlichkeit zum Zweck einer unmittelbaren Kontrole des Richteramts durch das Volk, wodurch das Urteil Unberufener über das der Berufenen gestellt, die Gegenwart von Volkszeugen (eines „Umstandes") zur positiven Bedingung der Giltigkeit des Verfahrens erhoben und gleichzeitig gegen den Grundsatz von der notwendigen Unabhängigkeit der Justiz nach

a. Auch da, wo eine solche Einwirkung nicht beabsichtigt wird, aber doch wohl ihre Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, mufs eine Vorsicht gebraucht werden, welche nicht die Anwesenheit einer Zuhörerschaft aufser acht läfst, dafs nicht Äufserungen, die zwar sachlich nicht gerade unangemessen wären, wenn bei verschlossenen Thüren verhandelt wird, mifsverstanden, zweideutig oder einseitig, überhaupt verkehrt aufgefasst werden und so Veranlassungen zu unwahrer oder verdrehter Verbreitung geben. Daher sind Anspielungen, Verdächtigungen, Ironieen oder Sarkasmen, Invektiven und andere rhetorische Mittel zur Erweckung des Interesses — Redepunkte, für welche das Publikum ein geneigtes Gehör zu haben pflegt und welche nach seiner kurzsichtigen Auffassung und seiner Empfänglichkeit für pikante Bemerkungen oft allein behalten und betont werden, — wohl nach allen Seiten in ihrer Tragweite auf die Menge zu prüfen und in den Stegreifreden, ohne vorherige durchdachte Bereitlegung, möglichst zu vermeiden, um dann nicht, wenn einmal ausgesprochen, den Vorwurf mindestens der Unbesonnenheit zu veranlassen. Im Eifer für seine Sache sollte sich der Redner nicht leicht hinreifsen lassen, sich auf das allgemeine Urteil, „die öffentliche Meinung“, zu beziehen, als ob er in der anwesenden Zuhörerschaft eine moralische Unterstützung seiner Ausführungen

jeder Seite hin verstofsend“ gewesen sei, hat H. A. Zachariä, Handbuch des deutschen Strafprozesses, I. S. 60 schon gerügt. Dafs die Öffentlichkeit nebenbei noch andere moralische Wirkungen auf das Publikum hat, ist ja nicht zu bestreiten, ja man hat diese als beabsichtigte von vornherein zu sehr in den Vordergrund gedrängt, als da sind: Abschreckung vor der Verbrechensverübung, Belehrung über die Gesetze, warnende Unterrichtung von dem gefährlichen Treiben der Bösen, Achtung vor der Rechtsgeltung u. s. w., wobei natürlich die Kehrseiten („Schule der Verbrechensbegehung“) nicht unbeachtet geblieben sind, was wenigstens zu einer Beschränkung der Öffentlichkeit, wie bekannt, geführt hat. Wenn in neuerer Zeit Sensationsprozesse die Nachteile der Öffentlichkeit gezeigt haben und eine gröfsere Beschränkung derselben von der einsichtigeren Presse gefordert und selbst durch einen darauf gerichteten, bei dem Bundesrat des deutschen Reichs beschlossenen und am 3. März 1887 beim Reichstag eingebrachten Gesetzesentwurf angebahnt worden ist, so mag dazu von moralischer Seite her eine Berechtigung nicht abgesprochen werden. Vergl. Fr. Friedmann, „die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, ihre Vorzüge und Schäden“, Berlin, J. J. Heine, 1887.

suche; denn gerade die von ihm gefühlte und gesuchte Stütze verführt ihn leicht zu weitergehenden Äufserungen, als sie später für dienlich und sachgemäfs erscheinen wollten und welche dann doch bei einem verständig und ruhig denkenden Beurteiler keine Billigung finden, ja sogar den Vorwurf der Irreleitung des allgemeinen Urteils hervorrufen. Ganz besonders bedenklich ist es in Fällen, welche prinzipieller Natur sind, Grundsätze von zweifelhaftem Werte zu verfechten, neue und weitgehende oder gar paradoxe Sätze aufzustellen, ebenso aber an fesstehenden gewaltsam zu rütteln; daher hat das Wort: principiis obsta! hier eine ganz besondere Bedeutung*). Es kann ja gerade in Sachen von allgemeinerer Tragweite nicht ausbleiben, dafs gegen Vorurteile, welche sich an Grundsätze Jahre hindurch geknüpft haben, auch in Gerichtssälen angekämpft werden mufs, um die Rechtspflege vor der Stagnation, wie sie im Goethe'schen Faust: „Es erben sich Gesetz und Recht, wie eine ew'ge Krankheit fort u. s. w." und „Grau, teurer Freund, ist alle Theorie u. s. w." geschildert ist, zu bewahren. Aber da, wo es geschehen mufs, mit veralteten Lehren und Sätzen zu brechen, sollte es auch geschehen mit Rücksicht auf die Beurteilung im Publikum und auf die Achtung vor der bisherigen Praxis und Gesetzgebung, und zwar nicht oben hin und von oben herab, sondern bescheiden, eingehend und mit einleuchtenden Gründen. Dieselbe Scheu, welche den Rechtspraktikern vor dem Aufgeben gewohnter Anschauungen

*) Es giebt in den Gesetzen gar viele Bestimmungen, welche leicht einen Widerspruch mit den volksmäfsigen Anschauungen enthalten können, wenn man ihnen nicht tiefer auf den Grund geht. Die Grenzen zwischen dem Erlaubten und Verbotenen erscheinen im Leben oft als schwer zu bezeichnende; um nur ein Beispiel anzuführen, so sieht man in vielen Gesellschaftskreisen darin kein Unrecht, wenn ein vor dem Vermögensverfall bezw. der Konkurseröffnung Stehender seine Ehefrau oder nahestehende Personen vor anderen Gläubigern wegen ihrer Forderungen sicher zu stellen sucht. Es würde nun recht bedenklich sein, in einer Untersuchung wegen betrügerischen Bankerotts eine derartige Beiseiteschaffung zur Benachteiligung der anderen Gläubiger mit einem allgemein menschlichen Gefühle, die Nächststehenden zu sichern, verteidigen zu wollen und die Absicht der Gläubigerschädigung zu bestreiten.

und vollends überlieferter Grund- und Rechtssätze innewohnt, pflegt bei der Menge zwar nicht zu herrschen, denn sie ist leicht geneigt, einzelnen plausibeln Gründen zu folgen und Altes mit Neuem zu vertauschen, ohne in die Tiefen zu sehen und die Folgen davon gehörig ermessen zu können; um so vorsichtiger soll daher der Gerichtsredner prinzipielle Gesichtspunkte vor der Öffentlichkeit behandeln, um nicht die Beurteilung auf abweichende Bahnen zu leiten, welche schliefslich von den Gerichten nicht eingeschlagen werden, wodurch aber ihren Entscheidungen und deren Begründung die schwere Aufgabe aufgebürdet wird, die Irreleitung der öffentlichen Beurteilung zu zeigen und sie zu beseitigen.

Dafs in „delikaten“ Angelegenheiten oder in solchen, wo leicht der Ruf und der Beruf einzelner Prozefsbeteiligter gefährdet werden kann, eine besondere Vorsicht notwendig ist, braucht wohl kaum erwähnt zu werden; es gelangen die Parteiredner häufig an Punkten an, welche sie im Vortrag berühren müssen, um sie nur vorgetragen zu haben, bei deren Erwähnung sie aber wünschen möchten, dafs die Öffentlichkeit im Interesse der einen oder anderen Person ausgeschlossen sein möchte, um ihr nicht in ihrem Ansehen zu schaden, ohne dafs jedoch dem Gesetz nach die Möglichkeit vorliegt, das Publikum aus dem Gerichtssal zu entfernen. Hier ergiebt sich für den Redner oftmals ein Zweifel, ob er etwas sagen darf, was er ohne Beisein des Publikums ungescheut sagen könnte und möchte; es tritt ein Abwägen zwischen der Notwendigkeit oder Nützlichkeit im Interesse der geführten Sache und der Entbehrlichkeit oder sogar Schädlichkeit für einzelne Personen gegenüber dem Publikum ein, welches freilich bei Stegreifreden ein nur kurzes, von einem natürlichen Taktgefühl geleitetes sein kann, sofern nicht schon bei der vorbereiteten Meditation einer Gerichtsrede ein solches Abwägen stattgehabt hat. Was in dieser Richtung gesagt werden mufs, ist, wenn es auch den Gegner und seine Parteizeugen trifft, mit möglichster Schonung zu sagen, da jede Übertreibung oder starke Färbung auch im Publikum leicht als solche empfunden wird

und den Schein der Leidenschaftlichkeit oder Unvorsichtigkeit und Leichtfertigkeit der Beurteilung und Darstellung erzeugt. Da auch die Gerichtsredner nicht, wie Parlamentsredner, gegen Verantwortlichmachung wegen ihrer Ausfälle und Schrankenübertretungen durch Klagerhebungen vor Gericht geschützt sind („Immunität"), so setzen sie sich einer solchen leicht aus, sofern sie die Entschuldigung nicht in der „Wahrung von Rechten oder berechtigten Interessen" finden können. Mindestens unterliegt ein in dieser Richtung unpassendes Redegebahren der öffentlichen Rüge des Vorsitzenden oder sogar der der Presse.

b) Die Einwirkung der Redner auf das Publikum ist oftmals eine beabsichtigte und hier zwar nicht minder seitens des Gerichtsvorsitzenden besonders bei den Urteilsverkündungen, auch gelegentlich bei Anreden an die Geschworenen, auch an Zeugen u. s. w., als seitens der Parteiredner, namentlich in Strafsachen von allgemeinem Interesse, wo Staatsanwälte, auch zuweilen Privatkläger, wie Verteidiger, reichlich Gelegenheit haben, allgemeinere Gesichtspunkte zu berühren und als rhetorische Mittel auch auf die gröfsere Zuhörerschaft berechnet, zur Erweckung oder Erhaltung des Interesses, mehr oder weniger zur Belehrung, Warnung, zur Moralisierung des Publikums auszuführen, aber auch Mängel des Verfahrens gelegentlich zur Sprache zu bringen, ungerechtgefertigte Eröffnungen des Hauptverfahrens, leichtfertig erhobene Anklagen, andererseits kompromittirende Einwirkungen auf Zeugen, leichtsinniges Umgehen mit Aussagen und Eiden, Konnivenzen der Verteidiger, Suggestivfragen u. s. w. vor dem Publikum zu rügen, wodurch die moralische Wirkung gerade durch die Anwesenheit einer Menge von Zuhörern, welche der Kritik folgen soll, zweifellos erhöht wird, vollends wenn dergleichen Dinge weiter durch die Presse verbreitet werden würden. Dergleichen beabsichtigte Einwirkungen werden meistens auf vorausgegangenen Erwägungen und auch auf wörtlichen Meditationen beruhen, um die Schranken des Zulässigen nicht zu überschreiten. Das s. g. Moralisieren in den Gerichts-

sälen darf nie in die Breite und Stärke der von der Kanzel geübten Kirchen- und Schulzucht durch Worte ausfallen, sondern sollte in äufserster Kürze, ohne Begründungen, aber in vielsagenden, markigen, wohl auch in Ironie, nie aber in beifsenden Spott gekleideten Worten geschehen, nimmermehr jedoch in Drohungen, Schwarzseherei und Übertreibungen eines psychischen Zwanges verfallen, welcher leicht das Gegenteil von dem, was der Redner beabsichtigt hatte, erzeugen könnte, Lächeln, Spott und Hohn, Frivolität. Die Parteiredner haben dabei sich vor der Verfechtung von Theorieen oder vor Prinzipienreiterei zu hüten und zu vermeiden, dafs es auch nur scheine, sie hätten mehr sich an das Publikum als an einen Prozefsbeteiligten gewendet. Dasselbe hat mit dieser wohl innere Fühlung, aber es soll nicht angeredet werden, aufser etwa von dem Vorsitzenden bei Erhaltung der Ruhe und Ordnung im Sitzungssale. Nur dieser würde auch in der Eröffnung der Urteile eine auf das Publikum berechnete Einwirkung äufserlich hervortreten lassen dürfen, nicht aber die Parteiredner, welche formell und zu dem Gericht zu reden haben, auch wenn vorübergehend einiges mehr auf das Publikum berechnet sein sollte. Bei auffallenden Vorträgen für das letztere würde der Redner sich einer Erinnerung des Vorsitzenden aussetzen, nicht zu vergessen, zu wem und dafs er zur Sache zu reden habe; denn der parlamentarische Misbrauch, lange Reden, welche nur für die Verbreitung durch die Presse berechnet sind, zu halten, darf nie in die Gerichtssäle übergehen, wozu freilich politische Tendenz- und Sensationsprozesse leicht Veranlassung geben können. Das führt uns zum Schlufs auf das Verhältnis der Presse zur Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens und die Stellung der Parteiredner zu jener.

§ 58.

B. Die Redner gegenüber der Presse.

Der Begriff der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen ist in dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetz und in der

österreichischen Strafprozefsordnung nicht festgestellt und er beschränkt sich nach der Doktrin lediglich auf die Zulassung an dem zu verhandelnden Prozefs nicht beteiligter Personen zu der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht als Zuhörer. Die Bestimmungen der §§ 171 bis 176 des G.-V.-G. betreffen die Ausschliefsung und Beschränkung der Öffentlichkeit inbezug auf Sachen und Personen; erstere ist nur aus gesetzlichen Gründen*) zulässig, mithin der übereinstimmende Antrag der Parteien ausgeschlossen, wohl aber in Ehe- und Entmündigungssachen ein Parteiantrag auf Ausschliefsung zulässig. Eine Beschränkung der Öffentlichkeit durch den Vorsitzenden besteht darin, dafs er nach § 176 G.-V.-G. unerwachsenen und solchen Personen, welche sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden, oder welche in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen, z. B. Betrunkenen, unanständig Gekleideten u. s. w. den Zutritt versagen, andererseits aber auch diesen in nicht öffentlichen Verhandlungen einzelnen Personen gestatten „kann“ — eine Befugnis, welche ersuchten und beauftragten Richtern indessen nicht zusteht aufserhalb der s. g. Parteienöffentlichkeit, weil die durchgehende Nichtöffentlichkeit hier die Regel und die erstere nur gesetzlich besonders geordnete Ausnahme ist, deren Grenzen streng einzuhalten sind.

Aus der Natur und dem Umfang der Öffentlichkeit der

**) Gefährdung der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung ist im deutschen Prozefs und im österreichischen Strafverfahren der allgemeine Grund der Auschliefsung. Dafs der letztere Begriff sehr dehnbar ist für Ängstlichkeit und Wohldienerei, z. B. bei politischen Verbrechen, ist schon von Geyer, Lehrbuch a. a. O. S. 17 nachgewiesen. Da die Verhandlung über den Ausschlufs der Öffentlichkeit in nicht öffentlicher Sitzung stattzufinden hat, haben die Parteiredner Gelegenheit, ohne Rücksichtnahme sich über die Möglichkeit einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung auszusprechen. Gerade wegen der Unparteilichkeit der Leitung der Verhandlung kann einer Partei sehr viel an der Beibehaltung der Öffentlichkeit gelegen sein, wenn die andere den Ausschlufs beantragt; schwierig ist es oft, zu entscheiden, wenn Privatinteressen vorwiegend durch die Öffentlichkeit geschützt würden, ob das öffentliche Wohl gefährdet sei?

Verhandlungen vor dem erkennenden Gericht folgt, dafs jeder, welcher von der Befugnis zuzuhören Gebrauch machen darf, auch das Recht hat, das Gehörte sachlich festzustellen und durch Wort und Schrift weiter zu verbreiten, als wäre alle Welt berechtigt zu erfahren, was verhandelt worden ist. Man wird also in thesi die Verbreitung des in öffentlicher Gerichtsverhandlung Vorgegangenen, auch die der Gerichtsreden durch die Presse nicht versagen können, sowenig wie die der Parlamentsreden in hypothesi deshalb nicht, weil sie vom Urheberschutz ausdrücklich ausgenommen, während Kanzel- und andere wissenschaftliche Vorträge vor der Verbreitung durch den Druck gesetzlich geschützt sind*). Da nach § 7 d. des gedachten Reichsgesetzes der Abdruck von Reden, welche bei den Verhandlungen der Gerichte gehalten werden, ausdrücklich nachgelassen ist, ohne dafs hier der Unterschied zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Verhandlungen erwähnt ist, so kann es zweifelhaft sein, ob denjenigen Personen, welchen in nichtöffentlichen Verhandlungen der Zutritt gestattet ist, die Veröffentlichung des Verhandelten und der Reden durch den Druck nachgelassen sei? Jedenfalls ist sie nicht verboten, da es sich nur um den Schutz des Urheberrechts handelt, welcher nicht von der Öffentlichkeit einer Gerichtsverhandlung abhängig gemacht worden ist. Nur insoweit ein Verbietungsrecht eines Urhebers in Frage käme, würde ein Redner gegen Verbreitung seiner in nicht öffentlicher Sitzung gehaltenen Reden mit Erfolg protestieren können, allein eben ein solches Recht ist dem Gerichtsredner ohne alle Unterscheidung versagt. Auch kann etwa eine Analogie aus § 17 des Reichsgesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874 keinen Schutz gewähren, da hier nur die Anklageschrift oder andere amtliche Schriftstücke eines Strafprozesses durch die Presse nicht eher veröffentlicht werden

*) „Vorträge, welche zum Zweck der Erbauung, Belehrung oder der Unterhaltung gehalten sind", in § 5 unter b vergl. mit § 7d des deutschen Reichsges. v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w.

sollen, als bis dieselben in öffentlicher Verhandlung kundgegeben worden sind oder das Verfahren sein Ende erreicht hat; aufgeschriebene Reden vor Gericht aber sind nicht amtliche Schriftstücke. Mithin haben die Gerichtsredner nicht die Möglichkeit eines Verbots der Verbreitung ihrer Reden durch die Presse, obschon sie es recht oft wünschen möchten, denn es liegt in der Veröffentlichung der einzelnen bürgerlichen Streit- wie der einzelnen Strafsachen durch die Presse eine Ungleichheit, Willkürlichkeit, ja zuweilen in der Unterlassung auf Betrieb des Beteiligten eine bedenkliche Bevorzugung*). Wenn nun auch in nicht öffentlich d. h. mit Aus-

*) Wie schon oben erwähnt, vermag ein Zeitungsbericht über eine Gerichtsverhandlung, welche sonst nicht stark besucht war, so dafs die Verbreitung von Mund zu Mund nur eine geringe sein konnte, den Beteiligten einen weit gröfseren ideellen und materiellen Schaden zu bringen; es hängt dies von dem Zufall ab, dafs gerade ein Bericht über diesen Fall erstattet wird, wenn sonst nicht regelmäfsig Berichte über die Gerichtsverhandlungen in Lokalblättern erstattet werden. Aber wenn dies einmal geschieht, so müfste es durchweg, ohne Ausnahme geschehen. Jede Inkonsequenz erzeugt Beschwerden im Publikum; z. B. in dem einen Fall wurde ein Fleischer, welcher wegen Verkaufs von trichinenhaltigen Fleisches verurteilt worden war, in seinem Wohnort und in der Umgegend durch den Verhandlungsbericht derartig gebrandmarkt, dafs er in seinem sonst blühenden Geschäft zugrunde ging; in einem ähnlichen Fall aus derselben Stadt fürchtete dasselbe ein anderer Metzger mit starker Kundschaft, welcher wegen Verkaufs von stark finnigem Fleische, dessen Rohgenufs nach ärztlichem Gutachten sicher den Bandwurm verbreiten mufste, verurteilt wurde — aber seine Verurteilung wurde nicht bekannt, weil nur wenige Zuhörer gerade bei der Verhandlung anwesend waren und der Berichterstatter sich vom Angeklagten zum Schweigen über diesen Fall hatte bestimmen lassen. Der Bestechlichkeit der Presse ist also Thür und Thor geöffnet und wer sie auszunutzen sich bemüht, kann von sich viel Unheil abwenden, das ihm eine Berichterstattung zufügen würde. Andererseits werden von der Zeitungspresse oft beliebig oder aus persönlichen Gründen Verhandlungen aufgebauscht, die es nicht wert sind, Reden totgeschwiegen, deren Bedeutung zutage gelegen, unbedeutende Verdienste eines Parteiredners herausgestrichen, Erfolge gepriesen, welche selbstverständlich waren u. s. w. Eine schlechte und übel gesinnte Journalistik bemächtigt sich zuweilen einzelner Rechtsfälle und beutet sie zur Verwirrung des Urteils und zur Irreführung der Gefühle der grofsen Menge der Leser aus, wie z. B. der bekannte Strafprozefs „Gräf“ gezeigt hat, welcher die Veranlassung gegeben hat zu einer vielfachen Besprechung der Notwendigkeit einer Beschränkung der Öffentlichkeit. Es giebt aber auch viele Zeitungsberichte, welche von gänzlich mit den Gesetzen unbekannten Personen erstattet werden, wobei Unsinn und falsche Anträge den Rednern in den Mund gelegt

schlufs der Öffentlichkeit, gehaltenen Gerichtsverhandlungen einzelnen Personen, z. B. Berichterstattern, gestattet wird, der ganzen Verhandlung beizuwohnen, so giebt es doch, sofern sie über deren Verlauf bis in die Einzelheiten in Zeitungen Bericht erstatten möchten, kein anderes Mittel, dies zu verhindern, als dafs der Vorsitzende den zugelassenen Personen den Ausschlufs für andere Fälle des Auschlusses der Öffentlichkeit von den Zuhörern androht, und die Ausführung einer solchen Drohung, falls nachgewiesen werden könnte, dafs sie ihre Erlaubnis zum Zuhören doch zur Veröffentlichung durch die Presse mifsbraucht haben; indessen bei einer Mehrzahl Zugelassener ist dann schwer zu ermitteln, wer die Erlaubnis mifsbraucht habe, wenn in auswärtigen Zeitungen ein Bericht erscheint. Gegen die Verletzung der Diskretion giebt es hier eben kein genügendes Mittel; auch ist die Grenze nicht wohl zu ziehen, wenn zum Verständnis des veröffentlichten Urteils doch einiges mitgeteilt werden mufs, zumal wenn bei der Urteilsverkündung der Vorsitzende nicht umhin kann, in der Begründung auf Einzelheiten einzugehen, welche ja wieder dem Publikum so wie so bekannt werden.

Zu unterscheiden von der Tagespresse sind die wissenschaftlichen oder novellistischen Bearbeitungen solcher Fälle, welche für einen engeren Leserkreis berechnet sind. Da das Publikum der Tagespresse zwar nicht ohne Interesse an den, namentlich in Strafprozessen beteiligten, Personen, zu sein pflegt und gerade in kleineren Städten dieses Interesse ein

werden; so z. B. sollte ein Referendar als Verteidiger zweier Mitthäter, wovon er dem einen nur die Beihilfe zur Last legen konnte, den Antrag gestellt haben, denselben nur wegen „Begünstigung bei Ausführung des Diebstahls" zu verurteilen! Ein solcher Widersinn konnte bei der juristischen Leserwelt ein recht zweideutiges Licht auf den Anfänger in der Verteidigungskunst werfen. In derartigen Fällen bedarf es der Zurechtweisung der Presse recht ernstlich. So fand sich z. B. in den ausgangs des J. 1886 in Kottbus verhandelten Spremberger Aufruhrprozessen (Nr. 1) der Staatsanwalt wie der Vorsitzende veranlafst, gegen einen Zeitungsbericht über eine Sitzung ernste Rügen wegen unrichtiger Darstellung auszusprechen.

lebhafteres als in gröfseren ist, andererseits aber die Sachen, weniger die Personen von der Presse in den Vordergrund gestellt werden sollten, so würde darauf hin zu wirken sein, dafs die Namen der Beteiligten in den Berichten über die Gerichtsverhandlungen nur mit den Anfangsbuchstaben oder nur der Stand eines Beteiligten bezeichnet würden; dagegen in den Fällen, wo eine Gemeinkundigkeit des Vorganges bereits vorliegt, oder wo es gilt, die klare Schuldlosigkeit zur Geltung zu bringen, jemanden in der öffentlichen Meinung zu rehabilitieren, den eine üble Verfahrungsweise in eine unverdiente Lage versetzt hat, oder wo eine gewisse Gemeinfährlichkeit zutage getreten ist und das Publikum durch weitere Bekanntgebung in den Tagesblättern gewarnt werden mufs, sollten die vollen Namen genannt werden mit Angabe der Berufsstellungen der Beteiligten in der bürgerlichen Gesellschaft — aber dann auch ohne Ansehen der Person und ohne Rücksichtnahme auf die Wünsche der Beteiligten. Es ist dies eine verantwortungsvolle Zensur, welche die Tagespresse in dieser Beziehung zu üben hat und eine gerechte Auswahl hier zu treffen, ist zweifellos sehr schwer.

Die Gerichtsredner nun haben die Gelegenheit, in ihren Reden auch auf die Tagespresse einen Einflufs auszuüben, wie auf die Zuhörerschaft, durch kürzliche Andeutungen, inwieweit das Interesse ihrer Partei mit dem der Allgemeinheit zusammenfalle, oder aber für sich bestehe, inwieweit der vorliegende Prozefs eine über Verdienst reichende Schädigung durch die Öffentlichkeit mit sich bringe, in wiefern umgekehrt gerade die letztere geeignet sei, eine unverdiente Beeinträchtigung des guten Rufes eines einzelnen in der Gesellschaft wieder auszugleichen, inwieweit dieser oder jener Punkt der weiteren Verbreitung durch die Tagespresse zu entziehen, oder dadurch das Publikum auf Uebelstände, welche in dem vorliegenden Rechtsfall hervorgetreten, in weiteren Kreisen aufmerksam zu machen sei u. dgl. m.*).

*) Es giebt ja s. g. Tendenzprozesse, bei denen es gerade darauf abgesehen ist, der öffentlichen Meinung Thatsachen kund zu

In diesen wenigen Andeutungen mag die Stellung der Gerichtsredner auch zur Presse kurz hervorgehoben sein — also auch die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Berichterstattung und Tagespresse.

geben, welche verborgen oder verdreht bekannt geworden sind und nun in das richtige Licht gestellt werden sollen; z. B. bei falschen Anschuldigungen, verleumderischen Beleidigungen, wo der Wahrheitsbeweis einer Behauptung zu führen ist, oder wenn falsche Zeugen entlarvt, wenn mifsbräuchliche Zustände in der Staats- oder Gemeindeverwaltung u. dgl. aufgedeckt werden sollen; hier überall hat der Gerichtsredner Gelegenheit genug, auch mit Rücksicht auf die Tagespresse seiner Rede freien Lauf im allgemeinen Interesse zu lassen.

Inhaltsübersicht.

II.

Besonderer oder praktischer Teil.

Die Parteireden vor Gericht.

Erster Abschnitt. Der Eingang der Rede. Seite

§ 29. A. Zweck und Inhalt des Einganges 181
§ 30. B. Bearbeitung und Form 192

Zweiter Abschnitt. Die Erzählung des Rechtsfalles.

§ 31. A. Bedeutung, Inhalt und Eigenschaften 197
§ 32. B. Ordnung und Form 208

Dritter Abschnitt. Aufstellung der Streitfragen — propositio, quaestio, partitio.

§ 33. A. Im allgemeinen 219
§ 34. B. Die Norm- oder Rechtsfrage, die That- und Beweisfrage 227

Vierter Abschnitt. Die Aus- und Beweisführung (Beweislehre).

§ 35. A. Im allgemeinen 234
§ 36. B. Beweisgegenstand und Beweislast 241
§ 37. C. Urteilsbildung und Beweisrecht 258
§ 38. D. Grundbegriffe der Thatsachenbeweise 274
§ 39. E. Beweismittel und Beweisgründe 292
§ 40. F. Arten des Beweises 299
G. Beweis-Ersatz und Erleichterung 314
§ 41. 1. Gesetze und Erkenntnisse 314
§ 42. 2. Gemeine und Rechtsvermutungen 325
3. Erklärungen der Parteien 339
§ 43. a. Geständnis 339
§ 44. b. Eidesleistungen 363
§ 45. 4. Offenkundigkeit 376

Seite

H. Beweisführung mit empirischen Beweisgründen . . 383
§ 46. 1. Augenscheinsergebnisse 383
§ 47. 2. Zeugenaussagen 406
§ 48. 3. Sachverständigengutachten 446
§ 49. 4. Urkundeninhalt 469

J. Beweisführung mittels logischer Folgerung 508
§ 50. 1. Logik der Thatsachen und Gesamteindruck . . . 508
§ 51. 2. Beweismittel des logischen Beweises 515
§ 52. 3. Indizienbeweis 530
§ 53. 4. Einteilung der Argumente 542
§ 54. 5. Kritik und Widerlegung der Beweisgründe . . . 549

§ 55. K. Anordnung der Beweisführung 560

§ 56. **Fünfter Abschnitt.** Schlufs der Rede.

Sechster Abschnitt. Anhang. Die Gerichtsredner vor der Öffentlichkeit.

§ 57. A. Die Redner vor dem anwesenden Publikum . . . 587
§ 58. B. Die Redner gegenüber der Presse 598

Druck von G. Pätz in Naumburg a. S.

In demselben Verlage erschien ferner:

Heuser's Gesetzsammlung.

Neue revidierte Textausgaben mit Anmerkungen und Erläuterungen, herausgegeben von namhaften Juristen und hervorragenden Verwaltungsbeamten.

1. Bändchen: **Gesetze über die Klassensteuer und klassifizierte Einkommensteuer.** Mit Anmerkungen. 2. Aufl. 64 S. Preis eleg. cart. 60 ₰.
2. Bändchen: **Reichs-Gesetz betr. den Wucher.** Mit Anmerkungen versehene Ausgabe. Preis eleg. cart. 30 ₰.
3. Bändchen: **Die Gewerbesteuergesetze im preußischen Staate** und die **Besteuerung der Wanderlager.** 250 Seiten. Preis eleg. cart. ℳ 1,80.
4. u. 5. Bändchen: **Feld- und Forst-Polizei-Gesetz** und Gesetz, betr. den **Forstdiebstahl.** Mit vielen Anmerkungen und Ergänzungen, sowie mit einem Sachregister versehene Ausgabe. Zus. 74 S. Preis eleg. cart. 80 ₰.
6. Bändchen: **Patent-, Marken- und Musterschutz-Gesetz.** Neue durchgesehene Ausgabe. **2. Auflage.** Preis eleg. cart. 80 ₰.
7. Bändchen: **Preß-Gesetz.** Neue durch Anmerkungen ergänzte Ausgabe. Preis eleg. cart. 90 ₰.
8. Bändchen: **Reichs-Gewerbeordnung** in der infolge des Reichsgesetzes vom 1. Juli 1883 festgestellten Fassung nebst den sämtlichen Ausführungsbestimmungen. 2. Aufl. Preis ℳ 1,50.
9. Bändchen: **Konkurs-Ordnung** für das deutsche Reich. Neu bearbeitete, mit vielen Anmerkungen und den nötigen Erläuterungen für den praktischen Gebrauch versehene Ausgabe. Preis eleg. cart. 1 ℳ.
10. Bändchen: **Börsensteuergesetz.** Reichsgesetz vom 29. Mai 1885, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben, nebst den Ausführungsvorschriften und sämtlichen Anmeldungsformularen. **Zweite,** mit vielen Anmerkungen versehene **Auflage.** Preis eleg. cart. 1 ℳ.
11. Bändchen: **Schlachthausgesetze** und die gesetzlichen Vorschriften, behufs Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen und mikroskopische Untersuchung des Schweinefleisches auf Trichinen und Finnen. Neueste, mit vielen Anmerkungen versehene Ausgabe. Preis eleg. cart. 1 ℳ.
12. Bändchen: **Das preußische Gemeinheits- und Forsten-Teilungs-Verfahren.** Preis geb. ℳ 2,80.
 Anhang hierzu: **Das rhein. Consolidationsverfahren** nach dem Gesetze vom 14. Mai 1885. Preis 50 ₰.
13. Bändchen: **Die preußischen Baupolizeigesetze** und **Verordnungen** 2c. Preis eleg. cart. ℳ 1,80.
14. Bändchen: **Preußische Justizgesetze.** Preis eleg. cart. ℳ 1,80.
15. Bändchen: **Gesinde-Ordnung der preußischen Monarchie.** Preis eleg. cart. 75 ₰.
16. Bändchen: **Nahrungs- und Genußmittel-Verkehr** und der Verkehr mit Gebrauchsgegenständen. Nebst Verordnungen und der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Von **Dr. Ortloff,** Landgerichtsrat in **Weimar.** Preis eleg. cart. 1 ℳ.

Das Buch ist im Justizministerialblatt für das Königreich Bayern den Justizstellen und Behörden amtlich empfohlen.

Heusers Gesetzsammlung:

17. Bändchen: **Das Pensionswesen** und die Gesetze betreffend die Fürsorge für die Witwen und Waisen der unmittelbaren Staatsbeamten. Preis eleg. cart. 50 ₰.
18. Bändchen: **Die Vormundschaftsordnung** vom 5. Juli 1975. Text-Ausgabe mit Anmerkungen und vollständigem Sachregister. Preis eleg. cart. 75 ₰.
19. Bändchen: **Jagd-Polizeigesetz.** Vom 7. März 1850. Neueste mit Anmerkungen versehene Ausgabe. Eleg. cart. 30 ₰.
20. Bändchen: **Das Miet- und Pachtrecht.** Preis eleg. cart. 50 ₰.
21. Bändchen: **Die preuß. Forst-, Jagd- u. Fischereigesetze.** Preis eleg. cart. ℳ 1,80.
22. Bändchen: **Reichs-Gesetz betr. die Krankenversicherung der Arbeiter vom** 15. Juni 1883, nebst den die Krankenversicherung betr. Bestimmungen des Ausdehnungs-Gesetzes vom 28. Mai 1885 und den einschlägigen Bekanntmachungen des Reichsversicherungsamtes. Dritte umgearbeitete **Auflage.** Preis eleg. cart. 75 ₰.
23. Bändchen: **Wirtschafts- u. Schankgesetze**; die neuesten, enthaltend: Die Verwaltungs- und polizeilichen Vorschriften. Unter Berücksichtigung des Gesetzes, betr. die Abänderung der Gewerbe-Ordnung vom 1. Juli 1883. Preis cart. 40 ℳ.
24. Bändchen: **Zwangsvollstreckung,** Gesetz betr. die, in das unbewegliche Vermögen mit dem dazu erlassenen Gerichtskostengesetz. Preis cart. ℳ 1,20.
25. Bändchen: **Die Unfallversicherung der Arbeiter** vom 6. Juli 1884 nebst sämtlichen Ausführungsbestimmungen. Text-Ausgabe mit vielen Anmerkungen, Inhaltsübersicht und ausführlichem Sach-Register. Preis cart. 90 ₰.
26. Bändchen: **Gesetz über die eingeschriebenen Hülfskassen.** Preis cart. 40 ₰
27. Bändchen: **Das deutsche Handelsgesetzbuch.** Preis cart. ℳ 1,80.
28. Bändchen: **Die Innungsgesetze.** Preis cart. ℳ 1,20.
29. Bändchen: **Das Preuß. Lehrerpensionsgesetz.** 3. Aufl. Preis cart. 50 ₰.
30. Bändchen: **Gesetz über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung.** Preis 80 ₰.
31. Bändchen: **Gesetz über die Veräußerung** und hypothekarische Belastung von Grundstücken im Geltungsbereiche des Rhein. Rechts v. 20. Mai 1885. Preis 30 ₰.
32. Bändchen: **Das Genossenschaftsgesetz.** Die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschafts-Genossenschaften. Text-Ausgabe mit vielen Anmerkungen nach den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Preis 40 ₰.
33. Bändchen: **Das Reichs-Haftpflicht-Gesetz.** Mit vielen Anmerkungen versehene Ausgabe unter Berücksichtigung der Gesetze betr. die Unfallversicherung. Preis 30 ₰.
34. Bändchen: **Gesetz über den Feingehalt der Gold- und Silberwaaren.** Vom 16. Juli 1884. Preis 30 ₰.
35. Bändchen: **Allgemeine deutsche Wechselordnung,** durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts sowie durch allgemeinverständliche Zusätze erläutert von **Dr. D. Otto,** Amtsrichter in Wiesbaden. Anhang: **Das Wechselstempelsteuergesetz.** Preis 80 Pf.
36. Bändchen: **Reichs-Gesetz** betr. die **Unfall- und Krankenversicherung** der in **land- und** forstwirthschaftlichen Betrieben **beschäftigten Personen,** nebst Ausführungsverordnungen vom 5. Mai 1886. Preis 90 ₰.

Von **Dr. Ortloff** erschien in demselben Verlage ferner:

Der Wechselverkehr nach deutschem und österreichischem Recht. Handbuch für Rechtsanwälte und Notare etc. 222 Seiten. **2. Aufl.** Preis Mk. 3,20.

Die Fachpresse bespricht das Werk u. A.:

ORTLOFF's Wechselverkehr bietet dem Praktiker eine willkommene Gabe, ein treffliches Interpretationsmittel der Wechselrechtlichen Bestimmungen. Wesentlich wird der Wert des Buches dadurch erhöht, dass der Verfasser sich nicht damit begnügt, die Sache allein vom juristischen Standpunkte aus zu behandeln, sondern dass er die Wechselkunde, welche einen Teil der Handelswissenschaft bildet, mit in den Bereich seiner Erörterungen zieht. Hierdurch werden erst manche Wechselrechtsinstitute, wie Intervention, Vervielfältigung der Wechsel, Bereicherungsklage u. dgl. klar. (Annalen der Grossherzog. Badischen Gerichte. 1885 Nr. 18).

Der übersichtlich geordnete Inhalt, die prächtige Motivierung lassen hier ein Werk ersten Ranges in die Erscheinung treten. Allen denen, bei welchen im Leben der „Wechsel" eine Rolle spielt, seien es Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher etc. etc. sei das Werk wegen seines geradezu „erschöpfenden" Inhalts aufs Wärmste empfohlen.

(Berliner Allgemeine Börsenzeitung. 1885 Nr. 24).

Der Verkehr mit Nahrungs-, Genussmitteln und Gebrauchs-Gegenständen (Spielwaren, Tapeten, Farben, Ess-, Trink- und Kochgeschirr, Petroleum und Bekleidungsgegenständen). Nach dem Reichsgesetz vom 14. Mai 1879, nebst den Kaiserlichen Verordnungen vom 24. Februar und vom 1. Mai 1882 und der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Ein Handbuch für Richter, Ärzte, Apotheker, Droguisten, Spielwaren-, Farben-, Tapeten-Fabrikanten und -Händler, für Färber, Kaufleute etc. Preis 1 Mk.

Das Buch ist im Justizministerialblatt für das Königreich Bayern den Justizstellen und Behörden amtlich empfohlen.

Gerichtlich-medizinische Fälle u. Abhandlungen. Heft I. **Kind oder Foetus?** (jedes Heft wird apart abgegeben). Preis 2,40 Mk.

Erbrecht und Erbschaftsregulierung, sowie internationale Grundsätze und Vertragsbestimmungen in Erbschaftssachen. Mit Formularen für Testamente, Codicille, Erbverträge, Erbschaftskäufe, Erbbescheinigungen, Einkindschaftsverträge, Inventarien und Recesse. Von **C. KRAH,** Amtsgerichtsrat, Ritter etc. **2. Aufl.** Preis 4,80 Mk.

HEUSER's VERLAG (Louis Heuser) in BERLIN C., Spittelmarkt 2 & NEUWIED.

Die Amtsgerichte. Nach der deutschen Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1877 und die **Gerichtsschreiber** nach der deutschen Zivilprozessordnung und der deutschen Konkursordnung vom 30. Januar 1877 bezw. 10. Februar 1877 unter Bezugnahme auf das deutsche Gerichtsverfassungsgesetz und das preussische Ausführungsgesetz zu demselben. Zum praktischen Gebrauche zusammengestellt von **C. KRAH**, Amtsgerichtsrat, Ritter etc. **2. Aufl.** 432 S. Preis broch. 4,50 Mk.

Der Konkursverwalter von **C. KRAH**, Amtsgerichtsrat, Ritter etc. Mit Anhang. **4. Aufl.** Preis 2,10 Mk.

Ein Vade-mecum für jeden Konkursverwalter.

Die Grundbuchregulierung im Bezirke des vormaligen Justizsenats zu Ehrenbreitstein in ihrer praktischen Gestaltung von **Dr. OTTO**, Amtsrichter in Wiesbaden. Preis 2,40 Mk.

Die deutschen Gerichtskosten-Gesetze (Gerichtskosten-Gesetz, Gebühren-Ordnungen für Gerichtsvollzieher, Zeugen und Sachverständige). Mit zahlreichen Beispielen und Anführungen aus der bisherigen Rechtsprechung der deutschen Gerichte zum praktischen Gebrauche für Gerichte, Gerichtsschreibereien, Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher u. s. w. bearbeitet von **K. HÖRKENS**, Landgerichts-Sekretär in Zabern i. E. Preis 5,00 Mk.

Die sämtlichen Ausführungs-Verordnungen zum Reichsgesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter von **J. SCHMITZ**, Redakteur der „Arbeiter-Versorgung.“ Zentral-Organ für die Arbeiter-Versicherung. Preis 3,00 Mk.

Die Arbeiter-Versorgung. Zentral-Organ für die Staats- und Gemeinde-Verwaltungsbehörden, Vorstände der Krankenkassen und Berufsgenossenschaften, zur Ausführung der Gesetzgebung betr. das Arbeiter-Versicherungswesen im deutschen Reiche. Von **J. SCHMITZ.** Preis pro Halbjahr 6,00 Mk. **(Erscheint seit Jan. 1884).**

Heuser's Buchdruckerei (Louis Heuser) in Neuwied.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Ortloff, Hermann,

Die gerichtliche Redekunst

Bd.: 2

Berlin [u.a.] 1887

J.pract. 216 hf-1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11634230-3